

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Antonio D. Tapia Frade

Director

Juan Sánchez-Calero Guilarte

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Doctorando: D. ANTONIO D. TAPIA FRADE

Director: Prof. Dr. D. JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE

Madrid, Octubre 2015

INDICE

<u>Abreviaturas</u>	11
<u>Resumen de la Tesis (en español e inglés)</u>	17
1. INTRODUCCIÓN.	30
2. LA APLICACIÓN DE METODOLOGÍAS ESTRUCTURALISTAS Y DE TEORÍAS DE LA COMPLEJIDAD A LA INVESTIGACIÓN SOBRE LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.	47
2.1. La justificación y fundamentación de las metodologías empleadas.....	48
2.2. La utilización de metodologías estructuralistas.	50
2.2.1. El uso del lenguaje estructuralista en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas....	51
2.2.2. Consideraciones estructuralistas fundamentales sobre las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.....	52
2.2.2.1. Las semejanzas estructurales determinantes.	54
2.2.2.1.1. Análisis estructural del “universo jurídico sociedad anónima”.....	54
2.2.2.1.2. Aplicación de la metodología estructuralista a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas en el universo jurídico sociedad anónima.	56
2.3. La aplicación de las teorías de la complejidad.....	57
2.4. ¿Constituye un “fractal jurídico” la fusión transfronteriza de sociedades anónimas?	59
3. LA VOCACIÓN DE EMPRESA GLOBAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.	76
3.1. La sociedad anónima como “empresa global” en sus orígenes.....	76
3.2. Democratización, repliegue y proyección global de la sociedad anónima.....	79
3.2.1. Democratización.....	80
3.2.2. Repliegue.....	82
3.2.3. Expansión global.....	82
4. LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS ES UN ELEMENTO CARACTERÍSTICO DE LA ECONOMÍA GLOBAL.	91
4.1. Las “oleadas” de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas”.	92
4.1.1. Sus causas.....	92
4.1.1.1. La explotación de las ineficiencias del mercado.....	93
4.1.1.2. La independencia en la gestión y la retribución de los altos ejecutivos.	94
4.1.1.3. Fenómenos cíclicos.	95
4.1.1.4. Consideraciones estratégicas.	95
4.1.1.5. Consideraciones no estratégicas/estratégicas.	95
4.1.1.6. La redistribución del capital debida a cambios tecnológicos. El choque tecnológico.....	96
4.2. El logro de mejoras funcionales mediante fusiones transfronterizas de sociedades anónimas....	96
4.3. Las finalidades económicas.	97
4.3.1. La adecuación al mercado global.....	98
4.3.2. El aumento de ingresos y la reducción de costes.....	99
4.3.3. La búsqueda de finalidades económicas precisas y concretas.	100
4.4. La transcendencia del logro de la innovación tecnológica.....	100
4.5. Los riesgos para el sistema de economía de mercado.	101

4.5.1. El principio de economía de mercado abierta con libre competencia y las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Referencia a las “de facto merger”.....	101
4.5.2. Alusión a la Sherman Act y a la Clayton Act.	104
4.5.3. Referencia la regulación contenida en el Reglamento (CE) n° 139/2004.	106
4.5.4. El abandono de la concentración.	111
5. CREACIÓN DE VALOR Y EFECTOS SINÉRGICOS DE LAS FUSIONES TRANSFRONTERIZAS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.	138
5.1 Creación y “maximización” de valor.....	138
5.2 Los “efectos sinérgicos”.....	140
6. REFERENCIA AL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES EN LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.	150
6.1. El “derecho de establecimiento” de la sociedad absorbente o de nueva creación, resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.	151
6.2. La indisoluble vinculación de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas a la libre circulación de capitales.	155
7. GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA, GOBERNANZA MUNDIAL Y REGULACIÓN JURÍDICA: UNA ASIMETRÍA FUNDAMENTAL ACTUAL, PERO CORREGIBLE.	167
7.1. El orden jurídico y el gobierno mundial.....	167
7.2. La emergencia de un orden jurídico cosmopolita. El Soft Law.....	169
7.3. Lo transfronterizo y lo transnacional.....	170
7.4. La interacción de ordenamientos jurídicos nacionales. Los “pasos de frontera” como principio metódico.....	172
7.5. Las normas ejemplares en materia de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y su utilización para abordar su estudio.	173
7.5.1. Referencia a la Model Business Corporation Act.	175
7.5.2. Alusión a la Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, y a la adaptación a la misma de nuestro ordenamiento nacional o interno.....	176
7.5.2.1. La Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.	177
7.5.2.2 La adaptación de nuestro Derecho nacional interno a la Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.	182
8. CONCEPTUALIZACIÓN, NATURALEZA JURÍDICA, Y NOTAS ESENCIALES DE LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.	202
8.1. El concepto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.	202
8.1.1. El concepto de fusión transfronteriza según la Model Business Corporation Act.....	203
8.1.1.1 Delimitación.	203
8.1.1.2. “Merger” y “consolidation”.	205
8.1.2 El concepto de fusión transfronteriza en la Directiva de Fusiones Transfronterizas.	206
8.1.2.1. Delimitación del concepto fusión en la Directiva de Fusiones Transfronterizas.	206

8.1.2.2. Dualidad del concepto fusión (fusión por absorción vs. fusión por constitución de una nueva entidad) o pluralidad de tipos.....	208
8.1.2.3. Reconducción clasificatoria.....	210
8.1.3 Referencia la noción de fusión transfronteriza de sociedades anónimas en nuestro ordenamiento jurídico nacional o interno.	212
8.1.3.1. La noción en nuestra legislación mercantil.	212
8.1.3.2. La noción en la legislación fiscal.....	214
8.2. Un “shelter concept” (macroconcepto): “fusión transfronteriza de sociedades anónimas”.	215
8.3 Naturaleza jurídica de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.....	217
8.3.1. Contraposición de teorías.	218
8.3.1.1. Teorías contractualistas y corporativistas.....	218
8.3.1.2. De la modificación “estatutaria” y del cambio o modificación “estructural”.....	219
8.3.1.3. Teorías extintivo-sucesorias, modificativo/extintiva estatutarias y sólo modificaciones estatutarias	219
8.3.2. La naturaleza jurídica de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas atendiendo a las “normas ejemplares”.....	220
8.3.2.1. Planteamiento general.	220
8.3.2.2. Conclusiones.	228
8.4. Características generales y notas esenciales.....	229
8.4.1. Características generales.....	229
8.4.1.1. Los aspectos específicos de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas relativos al “capital humano”.....	231
8.4.1.1.1. Su reflejo en la Directiva 2005/56/CE relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital y en la Model Business Corporation Act.....	232
8.4.1.1.2. Las determinaciones del Convenio n.º 158 de la Organización Mundial del Trabajo (OIT).233	
8.4.1.2. Consideraciones generales sobre la disolución, extinción y sucesión en el “capital-patrimonio” de las sociedades participantes en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas..	234
8.4.1.2.1 La “disolución sin liquidación”.....	235
8.4.1.2.2. La “sucesión patrimonial universal”.	236
8.4.1.2.3. Referencia las consecuencias fiscales de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.....	237
8.4.1.3 Referencia a las sociedades en liquidación como parte de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.....	240
8.4.2. Notas esenciales.	241
8.4.2.1. Modificación estructural por integración, con sucesión universal.....	241
8.4.2.1.1. Integración.....	241
8.4.2.1.2. Sucesión empresarial universal.	243
8.4.2.1.2.1. Transmisión universal del patrimonio activo y pasivo.....	244
8.4.2.1.2.1.1. Transmisión patrimonial universal ipso iure y simultáneamente, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente o entre las sociedades participantes que se extinguen y la sociedad de nueva creación, como con respecto a terceros.....	246
8.4.2.1.2.1.2. Asunción del presente y del pasado.....	247
8.4.2.1.2.1.3. Transmisión de las deudas “in statu nascendi” y de “spes debiturum iri”.....	247

8.4.2.1.2.1.4. Extinción y subentrada de personalidades jurídicas.....	249
8.4.2.2 Proceso y procedimientos de fusión.....	250
8.4.2.2.1. Características generales del proceso de fusión.....	250
8.4.2.2.1. Autonomía, unitariedad y homogeneidad del proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.....	251
8.4.2.2.2. El proceso y los procedimientos de fusión transfronteriza de sociedades anónimas en las normas ejemplares.....	252
8.4.2.2.2.1. Proceso y procedimientos de fusión en la Model Business Corporation Act, en la Delaware General Corporation Law, y en otras normas complementarias y derivadas.	252
8.4.2.2.2.2. Proceso y procedimientos de fusión transfronteriza de sociedades anónimas en la Directiva 2005/56/CE, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, y en la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Referencia al Reglamento 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea).....	256
8.4.2.2.3. El control de legalidad y la inscripción registral de la escritura de fusión, archivo o depósito de la certificación del acuerdo o contrato de fusión.	257
8.4.2.3. Continuidad económica. Aplicación del principio de empresa en funcionamiento y “sucesión” laboral.....	264
8.4.2.3.1. La continuidad económica.	265
8.4.2.3.1.1. “Empresa” y “fondo de comercio”.	266
8.4.2.3.1.2. La “mercantilidad” de la “sociedad-empresa”.	268
8.4.2.3.1.3. El “negocio”, el “establecimiento” y la “plantilla de trabajadores” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.....	269
8.4.2.3.1.4. La aplicación del principio de empresa en funcionamiento.....	271
8.4.2.3.1.4.1 El supuesto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas en liquidación y la aplicación del principio de “empresa en funcionamiento”.	272
8.4.2.3.1.4.1.1. Consideraciones generales.	273
8.4.2.3.1.4.1.2. El sistema de información contable para las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas en liquidación y la cuestión de la aplicación del principio de empresa en funcionamiento.....	275
8.4.2.3.1.5. La “transmisión” o “sucesión” laboral de la empresa-sociedad anónima.....	277
8.4.2.3.1.5.1. Las “sucesiones de empresarios-sociedades anónimas” y la permanencia de la empresa-sociedad anónima.	277
8.4.2.3.1.5.1.1. Patrimonio y “capital humano” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.....	279
8.4.2.3.1.5.1.2 “Capital humano” y “fondo de comercio” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.....	280
8.4.2.3.1.5.2. El criterio jurídico de las normas ejemplares	280
8.4.2.3.1.5.3. Los intereses protegidos o que se amparan por las normas jurídicas ejemplares.	284
8.4.2.3.1.5.4. La exigencia de que se mantenga la “identidad” de la empresa-sociedad anónima para que se produzca la sucesión laboral respecto de los trabajadores a ella adscritos.	285
8.4.2.3.1.5.4.1. La identificación de la empresa-sociedad anónima, como paso previo a la determinación del mantenimiento de la identidad.....	286

8.4.2.3.1.5.4.2. La estabilidad de la organización-empresa, que refiere mantenimiento de identidad. La estabilidad de la organización de la empresa-sociedad anónima, que refiere mantenimiento de identidad.	287
8.4.2.3.1.5.4.3. Empresa-sociedad anónima. Identidad y “sucesión de plantillas”.....	290
8.4.2.3.1.5.5. La relativa uniformidad entre “sucesión patrimonial” y “sucesión de empresa” en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.	292
8.4.2.3.1.5.6. La esencial naturaleza bilateral de contrato de trabajo no impide la sucesión laboral o “sucesión de empresa” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.	293
8.4.2.3.1.5.7. La transmisión de la posición de empleador, su extensión y consecuencias respecto de cada contrato de trabajo y relación laboral, a la sociedad (empresa) absorbente o a la sociedad (empresa) de nueva creación, en la fecha de efectos la fusión (transmisión) transfronteriza de sociedades anónimas.	296
8.4.2.3.1.5.8. La extinción de los contratos de trabajo y relaciones laborales, derivada indirecta o mediatamente de una fusión transfronteriza de sociedades anónimas, no contradice la continuidad económica de la fusión ni la operabilidad de la “sucesión de empresa”.	301
8.4.2.4. “Continuidad de la condición y equivalencia de la posición de socio”, o reconocimiento del derecho a su “contrapartida”, con “derecho de separación”, en su caso, del socio disidente.	302
8.4.2.4.1. Los fundamentos.	303
8.4.2.4.1.1. Paso de socio o accionista de la sociedad extinguida a socio o accionista de la sociedad absorbente o de nueva creación.	304
8.4.2.4.1.1.1. Su formulación normativa.	304
8.4.2.4.1.1.2. Modulaciones y excepciones.	306
8.4.2.4.1.1.2.1 Modulaciones.	306
8.4.2.4.1.1.2.2. Excepciones.	308
8.4.2.4.1.1.2.3. El derecho de separación del accionista.	309
8.4.2.4.1.1.3. La continuación de la condición de accionista o socio en la sociedad absorbente o de nueva creación, según las normas ejemplares.	312
8.4.2.4.1.2. Los efectos de “dilución y refuerzo de la participación del socio”.	313
8.4.2.4.1.3. Sustitución o complementariedad de la continuidad de la condición de socio, por el “reconocimiento del derecho a su “contrapartida”.....	314
8.4.2.4.1.3.1. La atribución, en las normas ejemplares, de la “contrapartida”, total o parcial, al socio-accionista-inversor.	314
8.4.2.4.1.3.2. Los “appraisal rights”.	316
8.4.2.5. El elemento extranjero.	325
8.4.2.5.1. Estado y Nación.	326
8.4.2.5.2. La posibilidad de fusión transfronteriza de sociedades anónimas de diferentes nacionalidades, según las normas jurídicas ejemplares.	327
8.4.2.5.3. La Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea). Un fenómeno singular de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.	329
8.4.2.5.3.1. Su justificación.	329
8.4.2.5.3.2. Ciudadanía europea y Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea).	331
8.4.2.5.3.3. Aspectos específicos de la constitución mediante fusión de una Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea).	333

8.4.2.5.4. Fusión de sociedades anónimas nacionales (españolas) y extranjeras	336
9. LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE.	480
9.1. Los criterios determinantes de la ley aplicable.....	480
9.1.1. Las dificultades técnicas relevantes.	480
9.1.2. La diversidad de sistemas.....	481
9.2. La determinación de la ley aplicable según la Directiva 2005/56 y en el Reglamento 2157/2001.....	484
9.2.1. La concreción de la ley aplicable en la Directiva 2005/56.....	485
9.2.2. La precisión de la ley aplicable en el Reglamento 2157/2001.....	486
9.3 La determinación de la ley aplicable según la Model Business Corporation Act y la Delaware General Corporation Law.	488
9.4 La especificación de la ley aplicable en nuestro sistema de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.....	490
9.5. Extensión la ley española aplicable al procedimiento de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.....	492
9.6. La jurisdicción competente.....	493
10. LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE GRUPOS, SUBGRUPOS E INTRAGRUPO DE SOCIEDADES ANÓNIMAS (EMPRESAS POLICORPORATIVAS O POLISOCIETARIAS).	506
10.1. Consideraciones fundamentales en torno a la fusión transfronteriza de grupos de sociedades anónimas.....	507
10.1.1. El grupo y su responsabilidad en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.	507
10.1.2. Principales deberes del grupo en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.....	511
10.1.2.1. El deber de comunicar la integración en un grupo.....	511
10.1.2.2. La defensa del interés social.....	513
10.1.2.2. La defensa o protección de los socios externos y de los acreedores sociales.	513
10.1.3 Noción y delimitación del grupo de sociedades anónimas a efectos de fusiones transfronterizas.	514
10.1.3.1. El grupo mercantil de sociedades anónimas.....	515
10.1.3.2. El grupo de sociedades anónimas a efectos laborales.....	523
10.2. Aspectos sustantivos de la fusión transfronteriza de grupos y subgrupos de sociedades anónimas.....	528
10.3. La fusión transfronteriza intragrupo de sociedades anónimas. Short-form merger. El régimen de la Directiva de Fusiones Transfronterizas.....	529
10.3.1. Procedimiento de fusión abreviado. Fusión entre Matriz y Filial o entre Filiales.....	529
10.3.2 Las fusiones transfronterizas intragrupo de sociedades anónimas en la Directiva de Fusiones Transfronterizas.....	532
10.3.2.1 Consideraciones generales.....	532
10.3.2.2 Fusiones inversas transfronterizas.	538
10.3.2.2. Fusiones gemelares transfronterizas.	540
11. PROCESO Y PROCEDIMIENTOS DE FUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.	579
11.1. Procedimiento general de fusión transfronteriza.	580
11.1.1 Fase preliminar.....	582

11.1.1.1. Consideraciones generales.....	582
11.1.1.2. Tratos preliminares.....	583
11.1.1.3. Cartas de intenciones, acuerdos preliminares sin eficacia obligatoria, acuerdos tácitos preliminares y precontratos de fusión.....	588
11.1.1.3.1. El principio general de actuación de buena fe (fair dealing) durante los tratos preliminares en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas y los deberes inherentes a la fase preliminar. Deberes de información, deberes de colaboración, deberes de confidencialidad, deberes de protección y deber de comportamiento coherente o de no ir contra los propios actos.....	593
11.1.1.3.2. El deber de actuación de buena fe durante la etapa preliminar o previa en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.....	593
11.1.1.3.3 El deber de negociar de las sociedades anónimas que han iniciado un proceso de fusión transfronteriza.....	598
11.1.1.3.4. La vigencia de los deberes de información, colaboración, confidencialidad, deberes de protección y de comportamiento coherente o de no ir contra los propios actos, durante la fase preliminar de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.....	599
11.1.2. La exigibilidad de cumplimiento de los tratos preliminares en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, y las consecuencias de la no emisión de las declaraciones de voluntad correspondientes.....	604
11.1.3. Responsabilidad y daño resarcible por conculcación de los deberes inherentes a la fase de tratos preliminares, ruptura injustificada o abrupta de las negociaciones, e incumplimiento de precontratos y convenios concluidos al amparo de “acuerdos preliminares con términos abiertos”, en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.....	606
11.1.3.1 Responsabilidad por incumplimiento, en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, de los deberes inherentes a la fase de tratos preliminares y por la ruptura injustificada o abrupta de las negociaciones en la fase preliminar.....	607
11.1.3.2 La protección del “principio de confianza” en la fase preliminar del proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.....	611
11.1.3.2.1. La “violación de secretos”.....	612
11.1.3.2.2. Conductas constitutivas de abuso de mercado, en especial el uso ilícito de información privilegiada.....	613
11.1.3.2.2.1. Consideraciones generales sobre conductas constitutivas de uso ilícito de información privilegiada y manipulación de mercado, en la fase de tratos preliminares en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.....	614
11.1.3.2.2.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el uso ilícito de información privilegiada en la fase de tratos preliminares en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), Gran Sala, de 22 de noviembre de 2005, asunto C-384/02, Knund Grøngaard y Allan Bang.....	620
11.2. El proyecto común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.....	626
11.2.1 El carácter “común” del proyecto de fusión.....	626
11.2.2. Acerca de su naturaleza jurídica.....	627
11.2.3. Sobre la “unicidad” del proyecto de fusión.....	630
11.2.4. El contenido del proyecto o plan de fusión.....	632

11.2.4.1. La forma, denominación y domicilio social de las sociedades que se fusionen y los previstos para la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.	637
11.2.4.2. El tipo de canje y la manera o las bases de fijar la contrapartida.....	638
11.2.4.3 Las formas de entrega de los títulos o valores representativos del capital social, o de transferencia de la contrapartida, de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.....	642
11.2.4.4. Las consecuencias sobre el empleo (“sucesión de empresa”, traslados colectivos y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, despidos colectivos y suspensiones temporales colectivas de las relaciones laborales, mejoras de prestaciones de Seguridad Social, compromisos de pensiones y derechos informativos de los trabajadores).	642
11.2.4.5. La determinación de la fecha, y de la proporción, a partir de la cual las acciones representativas del capital social darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho.	645
11.2.4.6 La determinación de la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se fusionen se considerarán, desde el punto de vista contable, como realizadas por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, la obligación de formular cuentas anuales de las sociedades participantes en aquella fusión, y sus consecuencias contables y fiscales.	645
11.2.4.7. Los derechos conferidos por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza a los socios que tuviesen derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las medidas propuestas que les conciernan.....	648
11.2.4.8 Ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen.....	649
11.2.4.9. Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.	651
11.2.4.10. La información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.	652
11.2.4.11. Información sobre la evaluación del patrimonio activo y pasivo transferido a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.	656
11.2.4.11.1 La información sobre la evaluación del patrimonio activo y pasivo transferido a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza que constituya una combinación de negocios.	657
11.2.4.11.2 La información sobre la evaluación del patrimonio activo y pasivo transferido a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza que no constituya una combinación de negocios.	660
11.2.4.12. Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión transfronteriza.....	662
11.2.4.13 Otros contenidos del proyecto o plan de fusión.	662
11.3 El condicionamiento y el sometimiento a término de la fusión.	665
11.4. La modificación del proyecto de fusión.	666
11.5. El “abandono” de la fusión.	669
11.6. La obligación de formulación de una OPA, en el supuesto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas cotizadas.....	670
11.7. La publicidad del proyecto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.....	674
11.7.1 El depósito registral o la publicación en el sitio web del proyecto común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.....	676

11.7.2. La publicidad del proyecto común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, en su dimensión societaria.....	680
11.8. Los informes característicos de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas. El “Informe de los órganos de dirección o administración” y el “Informe pericial independiente”.	682
11.9. El “estado contable” o “balance de fusión” y el “apalancamiento” de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.....	687
11.9.1 El “estado contable” o “balance de fusión”	687
11.9.2 El “apalancamiento” de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.....	690
11.10. El “certificado previo” y el “control de legalidad” de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.....	694
11.11 El acuerdo de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.	699
11.12. La publicación del acuerdo de fusión y el derecho de oposición de los acreedores de las sociedades anónimas que participan en la fusión transfronteriza.	707
11.12.1 La publicación o comunicación del acuerdo de fusión.....	707
11.12.2. El derecho de oposición de los acreedores sociales y de los obligacionistas.....	709
11.13 La escritura pública o documento de fusión. Su inscripción registral, archivo o depósito (filing by the secretary of state).....	712
11.13.1 La escritura pública o documento de fusión.	712
11.13.2 La inscripción registral de la escritura pública de fusión. Archivo o depósito (filing by the secretary of state) del documento de fusión.....	717
11.14. Los efectos de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.	721
11.15 La aplicabilidad de la cláusula “rebus sic stantibus” a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.....	725
11.15.1 Diferenciación de la cláusula “rebus sic stantibus” del “abandono” de la fusión trasfronteriza de sociedades anónimas, y de otras instituciones y figuras jurídicas próximas.	726
11.15.2 La doctrina de cláusula “rebus sic stantibus”. Su impronta transfronteriza.	729
11.15.3 La reformulación actual de la doctrina de la cláusula “rebus sic stantibus”, y su pertinente aplicación a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.....	735
11.15.4. La cuestión de la “excesiva onerosidad” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.....	739
11.16. Simplificación de formalidades.....	741
11.17. Procedimiento para constituir una Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea, SE) por fusión.....	752
11.18 La nulidad de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.....	775
CONCLUSIONES	940
<u>Bibliografía</u>	962

ABREVIATURAS:

AARAJL =Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

ABA=American Bar Association.

AEVM=Autoridad Europea de Valores y Mercados

ATJUE=Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

An. IDI=Anuario IDI (Institut de Droit International).

BCBS=Comité de Supervisión Bancaria de Basilea.

CC /C.c.=Código Civil.

C. de c. /CCom =Código de Comercio.

CEE/CE=Comunidad Económica Europea.

CEs=Constitución Española

CNMV=Comisión Nacional del Mercado de Valores.

CNUDIM= Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

CP=Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

DCFR=Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference.

DCIPIDI=Diritto del Commercio Internazionale. Pratica internazionale e diritto interno.

Delaware GCL= Delaware General Corporation Law.

Directiva de Fusiones Transfronterizas=Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

Directiva 2001/23=Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

DITSAE=Directiva 2001/86/CE del Consejo de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, a regula la implicación de los trabajadores.

DOJ= Antitrust Division del Department of Justice.

DOUE=Diario Oficial de la Unión Europea.

EBIT=Earnings before interest and taxes

EBITDA=Earnings Before Interests, Taxes, Depreciations and Amortizations.

EEMM=Estados Miembros de la Unión Europea.

EEUU/EE.UU=Estados Unidos.

ET=Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

ERE=Expediente de Regulación de Empleo.

ERTE= Expediente de Regulación Temporal de Empleo

ERPL=European Review of Private Law.

FASB= Financial Accounting Standards Board.

EuGRZ=Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift.

Eur.L.Rev=European Law Review.

HFR=Humboldt Forum Recht.

IASB=Consejo Internacional de Normas de Contabilidad.

IASC=Comité de Normas Internacionales de Contabilidad.

ICAC=Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas .

ICC=Cámara Internacional de Comercio.

IFIAR=Foro Internacional de Reguladores Independientes de Auditoria.

Int&Comp. Law Q.=The International and comparative law quarterly.

IOSCO=Organización Internacional de Comisiones del Mercado de Valores.

ISIS=Asociación Internacional de Supervisores de Seguros.

Jus=Juristische Schulung.

JusPiv=Jus Privatum. Beiträge zum Privatrech.

JEMS=Journal of Economics and Management Strategy.

JF=Journal of Finance.

JFE=Journal of Financial Economics.

JLE=Journal of Law and Economics.

LC=Ley concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

LSA= Ley de Sociedades Anonimas, de 17 de julio de 1951.

LSC=Ley de Sociedades de Capital. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

LME= Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

MBCA= Model Business Corporation Act.

MCC=Marco Conceptual de la Contabilidad.

MCR=Marco Común de Referencia.

NBER=NBER, Working Papers.

NIC=Normas Internacionales de Contabilidad.

NIIF=Normas Internacionales de Información Financiera

NYLR=New York University Law Review.

OCDE=Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos.

OEA=Organización de Estados Americanos.

OMC=Organización Mundial del Comercio.

ONU= Organización de las Naciones Unidas/ Naciones Unidas (NN. UU.).

OIT=Organización Internacional del Trabajo.

OPA=Oferta Pública de Adquisición de Acciones.

PCM=Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en 2013, Gobierno de España-Ministerio de Justicia 2013

PCSM=Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles.

PGC=Plan General de Contabilidad. Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

PECL=Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

PPLR=Public Procurement Law Review.

RAJL=Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

RB=Revista jurídica.

RRDGRN= Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

RCADI=Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye.

RCDIP=Revue critique de droit international privé.

RDBB=Revista de Derecho Bancario y Bursátil.

RDM=Revista de Derecho Mercantil.

RDN=Revista de Derecho Notarial.

RDIPP=Rivista di diritto internazionale privato e processuale

RdS=Revista de Derecho de Sociedades.

Reglamento de Concentraciones=Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento comunitario de concentraciones”).

Reglamento SAE/Reglamento 2157/2001/RSAE=Reglamento (CE) No 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

RGD=Revista General de Derecho.

RMV= Revista de derecho del mercado de valores.

RTDE=Revue trimestrielle de droit européen

RPD(CEF)=Revista Práctica de Derecho CEFlegal.

RTSS,CEF=Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF).

Riv. Soc.=Rivista delle Società.

RRM=Reglamento del Registro Mercantil

SAN=Sentencia de la Audiencia Nacional.

SE=Sociedad Anónima Europea/Societas Europaea.

SFAS=Statement of Financial Accounting Standards.

SMJ= Strategic Management Journal.

SMN=Sistemas multilaterales de negociación.

SOC=Sistemas Organizados de Contratación.

STJCE=Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

STJUE=Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS=Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ=Sentencia del Tribunal de Justicia.

TFUE= Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TGSS=Tesorería General de la Seguridad Social.

TJCE=Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

TJUE=Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TPP=Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica.

TRLISA= Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

TTIP= Transatlantic Trade and Investment Partnership / Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (ATCI).

UE=Unión Europea.

UNIDROIT=Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

UNIDROIT (Principios) = Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts).

USA= United States of America (USA)/ United States (U.S.)/America.

US GAAP/USGAAP=Generally Accepted Accounting Principles/Principios de contabilidad generalmente aceptados en Estados Unidos.

VOC=Compañía Holandesa de las Indias Orientales.

WPHUJ=Working Paper, Hebrew University of Jerusalem.

ZHR= Zeitschrift für das gesamte handelsrecht und wirtschaftsrecht.

RESUMEN DE LA TESIS (EN ESPAÑOL E INGLÉS).

(a) Introducción.

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas es una operación, de naturaleza contractual, mediante la cual una o varias sociedades por acciones o anónimas, de diferentes nacionalidades, regularmente constituidas conforme a la legislación nacional a la que estén sujetas, transfieren a otra sociedad ya existente (la sociedad absorbente), o constituida por ellas (la sociedad de nueva creación), que les sucede y asume la condición de empleador respecto de los trabajadores de las sociedades que se fusionan, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación y extinción, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios, bien de acciones de la sociedad absorbente, o de la sociedad de nueva creación, bien de otros intereses, obligaciones, otros valores, derechos de contenido patrimonial o efectivo, o bien de una combinación de cualesquiera de ellos, salvo que la sociedad absorbente ya posea la totalidad de sus acciones.

(b) Objetivos.

Son los principales objetivos de este trabajo de investigación (Tesis) la búsqueda de un marco uniforme de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y la profundización en el conocimiento de este fenómeno complejo.

(c) Resultados y conclusiones.

Las grandes corporaciones en los sistemas de economías de mercado asumen la forma de sociedad anónima (capitalismo gerencial) y son las grandes protagonistas de las fusiones transfronterizas. La competitividad constituye uno de los elementos determinantes de la supervivencia empresarial en el mercado. Las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas son un elemento clave para la mejora de la competitividad en nuestros tiempos.

Ello debe enmarcarse en un contexto en el que la desregulación, universalización y globalización son fenómenos íntimamente vinculados, pero lastrados por un sistema jurídico disperso, incoherente cuando no contradictorio, integrado por múltiples ordenamientos jurídicos. La supremacía de una ley estatal no es posible en un sistema globalizado, en lo económico, y universalizado, en lo cultural. Ello provoca una inevitable ruptura de la equivalencia de los espacios de *enforcement*. . El recurso al *Soft Law* o a otros sistemas de reglas difusos para resolver la problemática del marco regulador de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, no es convincente.

Para la búsqueda y construcción de un sistema regulatorio de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas debe utilizarse un criterio de racionalidad estricta, enmarcado entre metodologías estructuralistas y de teorías de la complejidad que deberá tomar como referencia inexcusable, las regulaciones jurídico-positivas existentes con mayor

implantación por su racionalidad y eficacia, vigentes en el ámbito nuclear de los sistemas de economía de mercado o capitalistas modernos.

La fusión constituye un fenómeno jurídico complejo y complicado. Supone la confluencia e interacción de múltiples variables lo que, en principio, determina entropía o desorganización. No obstante, en la complejidad organizada que es la fusión transfronteriza de sociedades anónimas existen elementos que la dotan de unidad y que actúan como “atractores complejos”, otorgando a la fusión transfronteriza de simetría constantemente. Ello supone que, no obstante los cambios normativos y los diferentes sistemas, los elementos esenciales de la fusión transfronteriza permanecen siempre constantes y con la misma relación entre ellos, lo cual, a su vez, implica que la fusión transfronteriza de sociedades anónimas es un fenómeno único en todos los sistemas jurídicos.

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas se puede concebir como un fractal jurídico, una entidad que permanece constante al cambiársele indefinidamente su escala de observación. Es decir, se puede pasar continuamente de una pluralidad de sociedades anónimas participantes en una fusión transfronteriza a la unidad de la sociedad anónima resultante sin alteración de sus elementos esenciales, mediante un patrón repetitivo jurídico (que sería la propia estructura de la sociedad anónima). Si la sociedad resultante no fuera anónima, ello supondría la concurrencia de un elemento extraño adicional que implicaría o constituiría una transformación –explícita o implícitamente- y que, por ello, impediría la calificación de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas de “fractal jurídico”.

La inmensidad del mundo, hace imposible tomar en consideración todas las normas nacionales existentes. Razones pragmáticas y de sólida fundamentación en la teoría empiriocrítica del Derecho, son la base de la solución consistente en tomar como referente aquellas normas que han servido como modelo para las regulaciones de los países desarrollados. Actuándose a modo de “teoría de la gran unificación” del derecho de fusiones transfronterizas, tejiendo una telaraña de conexiones entre aquellos sistemas y conjuntos normativos, con fundamento en una reinterpretación del principio de simetría.

Las normas que se deben y pueden utilizar como tales elementos o referentes normativos y reguladores (formalismo moderado) de los sistemas aludidos, son la Model Business Corporation Act norteamericana y la Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, que se constituyen como “contextos de producción” (normativa modelo o primaria), frente a las regulaciones estatales que se constituyen en “contextos de recepción” (normativa de aplicación y desarrollo).

El elemento clave de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas es la idea de integración, de tal manera que dos o más sociedades se unifican en una sola.

En la fusión transfronteriza de sociedades anónimas se produce siempre y necesariamente una modificación estructural por integración de empresas, con sucesión universal, mediante un proceso y procedimiento de fusión, generándose continuidad económica, con aplicación del principio de empresa en funcionamiento y sucesión laboral. Existiendo continuidad de la condición y equivalencia de la posición de socio o reconocimiento del derecho a su contrapartida, con derecho de separación, en su caso, del socio disidente, y es consustancial a la misma la presencia del elemento extranjero.

La sucesión universal se concibe y aparece en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas como una consecuencia del fenómeno integrativo en que consiste. Se transmiten todas las relaciones existentes a la fecha de la operación (activo y pasivo), por sucesión a título universal (*in universum ius*).

El proceso y los procedimientos, son consecuentes con el carácter corporativo de las entidades participantes. La importancia del proceso en la delimitación conceptual de la “fusión” es tal que, en una perspectiva funcionalista, la fusión transfronteriza de sociedades anónimas no es solo un resultado sino un proceso, que dota de unidad sistemática al concepto mismo de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, lo que no impide que se pueda desenvolver en pluralidad de procedimientos.

La “sucesión de empresa” implica, al menos, la transferencia de los contratos de trabajo y las relaciones laborales existentes a la sociedad resultante (sociedad absorbente o sociedad de nueva creación) en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto, es esencial para que se produzca el efecto de continuidad económica. La sucesión de empresa o laboral que se opera en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, es más restrictiva que la sucesión patrimonial universal.

La continuidad de la posición de socio que se ostentaba en la sociedad absorbida o extinguida, en la sociedad absorbente o de nueva creación, se corresponde con la idea del socio-partícipe, que se parifica con la idea del socio-inversionista, reciente desde el punto de vista histórico, pero tan legítima como la anterior desde el análisis racional y estructural de las corporaciones, que exige el reconocimiento del derecho a la contrapartida.

La concurrencia del elemento extranjero determina, de manera decisiva, la calificación de la fusión de sociedades anónimas como transfronteriza, con independencia de que se trate de sociedades con nacionalidad de alguno de los países miembros de la Unión Europea o extraños a ella. La determinación de la ley aplicable (*lex societatis*), es problemática, con soluciones diferentes según los distintos ordenamientos jurídicos.

En la fusión transfronteriza de sociedades anónimas se plantea, de manera acusada, la problemática de los grupos de sociedades. Cuestión diferente son las fusiones intragrupo. También plantea una relevante problemática el apalancamiento de las fusiones transfronterizas con impactos en la regulación de la asistencia financiera.

La Sociedad Anónima Europea (*Societas Europaea*), constituida mediante fusión, es un ejemplo característico y singular al propio tiempo de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, teniendo un específico carácter europeo con sentido supranacional.

El proceso de fusión se desenvuelve mediante diferentes procedimientos, que se pueden ordenar en un procedimiento general, un procedimiento simplificado, y el procedimiento de constitución de la Sociedad Anónima Europea.

En todo proceso de fusión, que no sea intragrupo, existe un momento o fase preliminar, preparatoria o previa, que es anterior a la redacción y suscripción del proyecto común de fusión. La fase preliminar o previa no forma parte de los procesos normados o reglados de fusión, pero al estar sustantivamente vinculada al mismo, debe considerarse integrada en el proceso de fusión. La fase preliminar en alguna medida anticipa los efectos y consecuencias de la fusión.

La fase preliminar desemboca naturalmente en la elaboración de un proyecto común o plan de fusión transfronteriza.

La naturaleza jurídica del proyecto “común” o plan de fusión transfronteriza de sociedades anónimas es la de un negocio jurídico de intercambio o contrato. Se diferencia así de los acuerdos sociales y de otras relaciones jurídicas que pueden también generar derechos y obligaciones. La naturaleza contractual del proyecto o plan de fusión no impide que su eficacia vinculatoria de las partes, o actualidad, este sometida, en caso de que haya de ser aprobado por la Junta general de accionistas, a que se produzca esa circunstancia que opera modo de *condictio iuris*, indispensable para que aquel negocio jurídico sea eficaz jurídicamente respecto de la vinculación de las partes, por más que todavía no se desplieguen los efectos característicos de la fusión.

La elaboración del proyecto “común” o plan de fusión transfronteriza de sociedades anónimas corresponde en exclusiva de los administradores. Sin embargo, la intervención de la Junta General de accionistas no siempre es necesaria, por más que tenga atribuida normalmente la competencia para decidir sobre la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Se establece un contenido mínimo del proyecto común de fusión al que se pueden añadir otros contenidos, que también debe ser conocido por todos los accionistas de todas las sociedades participantes en la fusión. El órgano de dirección o de administración de una o de varias de las sociedades que intervienen en la fusión no puede modificar el proyecto común de fusión o en la modificación han de respetar ciertos contenidos.

El abandono de la fusión es posible en determinados sistemas antes de que ésta produzca sus efectos con el registro, depósito o archivo de la misma.

La publicidad del proyecto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas puede considerarse desde una doble perspectiva. Desde una perspectiva general, registral o telemática y desde una perspectiva societaria, todo ello sin dejar de considerar su transcendencia en orden al procedimiento mismo de fusión.

El proyecto de fusión ha de ser objeto de depósito o publicación mediante la página web, salvo que se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la fusión, en junta universal y por unanimidad. En otros sistemas el proyecto o plan de fusión, tras ser adoptado, únicamente ha de ser notificado a los accionistas para su aprobación.

El proyecto de fusión debe ser objeto, generalmente, de unos característicos y determinados informes. El “Informe de los órganos de dirección o administración” y el “Informe pericial independiente”.

El proyecto de fusión se acompaña de un estado contable o balance de fusión. Este documento tiene una relevancia informativa contable mínima.

El certificado previo y el control de legalidad de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, tienen una importancia sobresaliente en la Unión Europea.

La autoridad competente controlará en especial que las sociedades que se fusionen hayan aprobado el proyecto común de fusión transfronteriza en los mismos términos y, en su caso, que las disposiciones relativas a la participación e implicación de los trabajadores se hayan establecido de conformidad con lo dispuesto en aquella misma normativa comunitaria.

Es criterio general que sólo después de haber tenido conocimiento de los informes del órgano de dirección o de administración y de los expertos o peritos, la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen se pronunciará o decidirá sobre el proyecto común de fusión transfronteriza. Esta decisión se referirá a la aprobación del proyecto de fusión y, en su caso, a las modificaciones de los estatutos que necesite su realización, por la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen, adoptado por acuerdo de determinadas mayorías. Cuando existan varias clases de acciones, también requerirá una votación y aprobación por separado por éstas.

Cuando una fusión transfronteriza por absorción sea realizada por una sociedad que posea todas las acciones y todos los demás títulos que confieran derechos de voto en la junta general de la sociedad o sociedades absorbidas, o que posea el 90 % o más, pero no la totalidad de los títulos o participaciones representativos del capital social que confieran derechos de voto en una junta general de la sociedad o sociedades absorbidas, se produce una limitación o simplificación de los requisitos procedimentales, ordinariamente exigibles, para llevar a cabo una fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

El acuerdo de fusión habrá, en principio, de publicarse. Su alternativa, la comunicación individualizada, a cada socio y acreedor, es más insegura.

El derecho de oposición al acuerdo de fusión, que se otorga a acreedores y obligacionistas de las sociedades que se fusionen para las deudas nacidas con anterioridad a la publicación del proyecto de fusión y aún no vencidas en el momento de su publicación contribuye a la protección de sus intereses. Se concibe como un derecho potestativo que la Ley otorga a los acreedores frente a la fusión de la sociedad deudora, cuyo objeto es la tutela preventiva del crédito suspendiendo la ejecución del acuerdo, hasta que aquellos intereses sean satisfechos o queden garantizados.

El contrato de fusión ha de documentarse e inscribirse, depositarse o archivar en una oficina pública. Aludir a escritura pública o a documento de fusión constituye una alternativa escasamente relevante en cuanto que depende de cada ordenamiento jurídico particular.

La inscripción registral o el archivo o depósito del documento de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, tiene para la generalidad de los sistemas jurídicos carácter fundamental. La inscripción de la escritura pública, depósito o archivo del documento de fusión desencadena la constitución o modificación de la sociedad resultante, la extinción de las demás sociedades participantes y también, de forma simultánea, la eficacia de la fusión, pero sin que hasta ese momento se pueda afirmar que exista ninguna sociedad nueva, ni que ninguna sociedad se extinga ni tampoco, en su caso, una modificación de estatutos, ya que lo que realmente sólo existe un negocio de fusión formalizado con el contenido legalmente exigido.

Con la inscripción de la escritura pública o archivo o depósito del documento de fusión, según sea el sistema, se producen *ipso iure* y simultáneamente la transmisión en bloque de la totalidad del patrimonio (activo y pasivo) de la(s) sociedad(es) absorbida(s) a la sociedad absorbente o resultante, las sociedades fusionadas se extinguen, los socios de la(s) sociedad(es) absorbida(s) o fusionadas se convertirán en socios de la sociedad absorbente o resultante y los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionan procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales se transferirán a la sociedad absorbente o resultante de la fusión.

Es posible la invocación de la cláusula “*rebus sic stantibus*” cuando existe una excesiva onerosidad para una de las sociedades anónimas participantes en una fusión transfronteriza de sociedades anónimas si se produce una alteración del equilibrio contractual fundamental, objetivamente mensurable. Puede ser debida a un incremento sustancial de los costes en el cumplimiento de sus obligaciones.

La nulidad de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas resulta extraordinariamente restringida, en beneficio de la seguridad jurídica.

En el sistema de la Unión Europea, inscrita la fusión en el Registro, en principio, ésta deviene inatacable judicialmente. Así, se cambia la tutela real, mediante el ejercicio de la acción de impugnación de nulidad, por la tutela obligacional, de carácter resarcitorio o indemnizatorio. Pero hay un modelo diferente, que no supone limitar la posibilidad de impugnación de la fusión a partir del momento del archivo del documento de fusión.

No obstante la inscripción de la fusión y a pesar de lo establecido en la regla general, existen vicios o causas de impugnación que, por no quedar sanados por la publicidad registral de la escritura de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, deberían poder dar lugar a una demanda y a la sentencia judicial determinante de la nulidad de la fusión inscrita.

(a) Introduction.

A transnational merger of joint stock companies is a transaction, of contractual nature, by which one or more joint-stock companies, of different nationalities, duly incorporated pursuant to the national law by which they are governed, transfer to other existing company (the absorbing or surviving company) or incorporated by them (the new company), who is their successor and assumes the employer position as regards the employees of the merging companies, as a consequence and at the moment of their dissolution without liquidation, all their assets and liabilities, by the allotment to their shareholders of either shares of the surviving or new company or other interests, bonds, other securities, economic rights, cash, or any combination of the foregoing, unless the surviving company already owns all their shares.

(b) Purposes.

The main objectives of this investigation paper (Thesis) are the looking for of a uniform legal framework for the transnational mergers of joint stock companies and to deepen the knowledge of this complex phenomenon.

(c) Conclusions.

Big corporations in market economic systems assume the form of joint-stock companies (management capitalism) and are the transnational mergers protagonists. Competitiveness is one the elements determining companies survival in the market. Transnational mergers are a key element for the competitiveness improvement in our times.

This should be framed in a context where de-regulation, universalization and globalization are phenomena closely linked, but burdened with a dispersed legal framework, incoherent or even contradictory, integrated by a multiplicity of legal systems. Supremacy of a national Law is not possible in a system economically globalized and culturally universalized. This implies an unavoidable breach of the equivalence of the enforcement spaces. The use of Soft Law or other diffused rule systems to solve transnational mergers legal framework problem is not convincing.

A strictly rationale criteria framed between structural methodologies and complexity theories should be used for the looking for and construction of a legal framework for transnational mergers. This legal framework should take as an inexcusable reference those regulations more applied for their rationality and effectiveness, in force and located in the core of the market economy systems or modern capitalists.

A merger is a complex and complicated legal phenomenon. It implies the confluence and interaction of multiple variables which, in principle, determines entropy or disorganization. However, in the organized complexity that is the transnational merger of

joint stock companies, there are elements providing it with unity and that act as “complex attractors”, granting the merger with continuous symmetry. This implies that notwithstanding the regulatory changes and different systems, the essential elements of the transnational merger remain continuous and with the same relations among them. This also implies that transnational merger of joint stock companies is a single and unique phenomenon in all legal systems.

Transnational merger of joint stock companies can be considered as a “legal fractal”, an entity that remains continuous irrespective of the observation scale change. It means that it can be passed continuously from a plurality of joint stock companies participating in a transnational merger to the surviving corporation unity without alteration of its essential elements, through a legal repetitive pattern (that shall be the own structure of the joint stock company). If the surviving company be not a joint stock company, it would suppose the concurrency of a strange additional element implying or being a transformation –explicitly or implicitly- and it would impede considering the transnational merger of joint stock companies as a “legal fractal”.

The immensity of the world makes impossible considering all the existing national regulations. Pragmatic reasons with a solid base on the Empiocratic Theory of Law are the essence of the solution of taking as reference those laws that have been taken as models for the regulation of the developed countries. Acting as a “theory of the great unification “of Law and transnational mergers, making a web of links among those systems and bodies of rules, based in the reinterpretation of the symmetry principle.

The leading regulations or regulations of reference that should and can be used as such models (moderate formalism) within the aforementioned systems are the American Model Business Corporation Act and the European Directive 2005/56/CE, of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, that are the “production contexts” (primary or model regulations), being the national regulations the “reception contexts” (development regulations).

The key element of the transnational merger of joint stock companies is the idea of integration, thus two or more companies are unified in a single one.

A transnational merger always and necessarily produces a structural modification by integration of companies, with universal succession, through a merging procedure and process that implies economic continuity, with the application of the ongoing company principle and labour succession. It will exist continuity in the condition and equivalence in the position of shareholder or acknowledgement of the right to be compensated with separation right, if applicable, for the dissident shareholder being an essential part of it the presence of the foreign element.

Universal succession is considered and appears in the transnational merger of joint stock companies as a consequence of the integrative phenomenon that it is. All the existing relationships are transferred at the transaction date (asset and liabilities) by universal succession (*in universum ius*).

The process and proceedings are consequent with the corporative character of the participating entities. The importance of the process in the delimitation of the “merger” is such that as from a functionalism perspective, the transnational merger of joint stock companies is not only a result but a proceeding which provides systematic unity to the concept of transnational merger of joint stock companies and this does not impede that such process can be developed by a plurality of proceedings.

The “transfer of undertakings” or “business succession” implies, at least, the transfer of the employment agreements and labour relationships in force to the surviving or new incorporated company on the date when the transnational merger of joint stock companies becomes effective. The labour “transfer of undertakings” or “business succession” is more restrictive than the “universal succession”.

The continuity in the shareholder position held in the absorbed or terminated company in the surviving or new incorporated company, is linked to idea of shareholder-partner which should be made compatible with the idea of shareholder-investor, that is recent from a historic perspective but as legitimate as the other from a rational and structural analysis of the corporations, that mandates the acknowledgment of the compensation right.

The foreign element determines decisively the qualification of the merger as transnational, irrespective if the companies are nationals of an EU member state or not. The determination of the governing law (*lex societatis*) is problematic and has different solutions depending on the different legal systems.

The problematic of company groups arises significantly in the transnational mergers. Different from them are the intragroup mergers. Also a relevant problematic arises in respect of leveraged transnational mergers with impacts on the regulation of financial assistance.

European Company (*Societas Europaea*) established by way of merger is a characteristic example and also unique at the same time of transnational merger of joint stock corporations, having a specific European nature with supranational sense.

The merging process is developed by way of different proceedings that can be ordered in a general proceeding, a simplified proceeding and the proceeding for the establishment of the European company.

All non-intragroup merging process has a preliminary, prior or preparatory stage that is previous to the drafting and subscription of the common draft terms of merger. The preliminary stage is not part of the merging regulated proceedings, but being substantively linked to it, should be considered integrated in the merging process. The preliminary stage, in some extent, advances the effects and consequences of the merger.

Preliminary stage naturally ends in the drafting of the common terms or plan of the transnational merger.

The legal nature of the “draft common terms” or transnational merger plan of joint stock companies is that of an exchange legal transaction or contract. It differs from the corporate resolutions and other legal relationships that generate rights and obligations. The contractual nature does not imply that its binding effects for the parties are subject, when the approval of the General Shareholders Meeting is required, to this fact that operates as *condictio iuris*, mandatory for the effectiveness of that legal transaction. However, its fulfillment will not imply the characteristic effects of the merger.

Drafting of the common terms or plan of a joint stock companies transnational merger is a directors’ exclusive competence. However, the intervention of the General Shareholders meeting is not always required, despite that it is the competent body for the approval of such transnational mergers of joint stock companies.

A minimum content of the draft common terms or plan is established although additional contents can be added. These should be also known by all the shareholders of the corporations participating in the merger. The administration body of one or various participating companies cannot amend the draft common terms or the amendment must respect certain contents.

Abandonment of the merger is possible in certain systems before the merger becomes effective with its registration or filing.

Publication of the draft common terms or plan can be considered from a double perspective. From a general perspective, that is the registration or telematics perspective and from a corporate perspective, all the above without prejudice of its relevance from the merger proceeding itself.

Draft common terms must be filed or published on the company’s web page, unless it is approved by unanimity of the shareholders being all of them present in a General Shareholder Meeting. Other systems provide that the draft common terms or plan after its adoption only needs to be notified to the shareholders for their approval.

Draft common terms or plan should generally be the object of certain reports: the “Directors’ Report” and the “Experts’ Report”.

Draft common terms are accompanied by an accounting statement or merger balance sheet. This document has a minimum accounting information relevance.

The premerger certificate and premerger control of transnational mergers of joint stock companies are very relevant in European Union.

The competent authority will control, specifically, that the merging companies have approved the draft common terms in the same terms and, if applicable, that the regulations related with the workers participation and implication have been established pursuant to the applicable EU regulations.

It is generally accepted that General Shareholders Meeting will only vote or decide on the draft common terms after having had knowledge of the Directors Report and the Experts Report. This decision will be referred to the approval of the transnational merger draft common terms and, if applicable, of all the amendments to the Bylaws required by the merger. The above resolutions must be passed by all the general shareholders meetings of the merging companies by certain majorities. If there are different share classes, each class should independently vote and approve such resolutions.

When a transnational merger by absorption is carried out by a company owning all the shares and any other titles holding voting rights in the general shareholder meeting of the absorbed company or companies, or by a company owning at least 90% but not all of such voting rights in the general shareholders meeting of the absorbed company or companies, the procedural requirements usually requested for carrying out a transnational merger shall be limited or simplified.

The agreement of merger shall be, in principle, published. Its alternative, the individualized communication to each shareholder and creditor, is more uncertain.

The right of opposition to the merger agreement, granted to creditors and bondholders of the merging companies in respect of those debts born prior to the publishing of the draft common terms and undue in such moment, contributes to their interests protection. It is considered as a potestative right granted by Law to the creditors against the merger of the debtor company, whose purpose is the preventive protection of the credit, suspending the execution of the agreement until those interests are satisfied or guaranteed.

The agreement of merger must be formalized and registered or filed in a public office. Referring to public deed or articles of merger is an alternative without a significant relevance in the sense that it is an alternative of each legal system.

Registering the deed of merger or filing the articles of merger of a transnational merger of joint stock corporations is of essential nature for the generality of the legal systems. Registering the deed of merger or filing the articles of merger triggers the

incorporation or amendment of the resulting company, the extinction of the remaining companies and also, simultaneously the effects of the merger. Until such moment it cannot be affirmed neither that the new company is established, nor that any other company is extinguished nor that any amendments to the Bylaws are effective, since it will only be a formalized merger agreement with the content legally required.

Registering the deed of merger or filing the articles of merger, depending on the system, triggers *ipso iure* and simultaneously the transfer of all the assets and liabilities of the absorbed companies to the surviving or resulting company, the merged company(ies) are extinguished, the shareholders of the absorbed company(ies) are converted into shareholders of the absorbing or resulting company, and the rights and obligations of the merged companies arising from the employment agreements or labour relationships shall be transferred to the surviving or resulting company of the merger.

Invoking the “*rebus sic stantibus*” clause is possible when there is an excessive hardship for any of the companies participating in a transnational merger of joint stock companies provided the fundamental contractual equilibrium, objectively measurable, is breached. It can be due to a substantial increase in the costs for the fulfilment of their respective obligations.

Nullity of the transnational merger of joint stock companies is extremely restricted in the benefit of the legal certainty.

According to the EU system, upon the registration of the merger it becomes judicially unassailable. Thus, the real protection granted by the exercise of the nullity action is substituted by the obligational protection of a compensatory nature. But there is an alternative system which does not limit the challenging of the merger upon the filing of the articles of merger.

Notwithstanding the registration of the merger and what is generally established, there are certain defects or challenging causes that are not cured by the registration publicity of the transnational merger deed and which should allow a claim and a judgement determining the nullity of the registered merger.

1. INTRODUCCIÓN.

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas constituye una modificación estructural¹ de sociedades anónimas² de diferentes nacionalidades, que puede provocar una concentración³ empresarial⁴, que se produce en el sistema de economía de mercado o capitalista⁵ mundializado⁶, universalizado o globalizado⁷, y que es efectuada con el propósito u objetivo de lograr su máximo valor económico posible.

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas produce siempre una reestructuración societaria, pero no necesariamente una concentración económica, tal es el caso de las frecuentes fusiones intragrupo transfronterizas de sociedades anónimas⁸ (no se puede concentrar económicamente lo que ya está económicamente concentrado), que se corresponde con el contexto económico actual, en el que *“el paradigma empresarial se identifica con la empresa flexible y en permanente proceso de reestructuración, cuya finalidad principal es fomentar su máxima productividad y eficiencia, así como acomodarse a los requerimientos de la demanda”*⁹. A su vez, modificaciones estructurales y reestructuraciones no se confunden, siendo la categoría general la de reestructuraciones empresariales¹⁰.

En los sistemas de economías de mercado, y más específicamente en las economías industriales, ¹¹las grandes corporaciones asumen la forma de sociedad anónima¹² (capitalismo gerencial¹³), y son las protagonistas por excelencia de las fusiones transfronterizas. La preeminencia económica de estas grandes organizaciones que constituyen las sociedades anónimas se explica por la implantación definitiva del capitalismo industrial¹⁴. El capitalismo industrial supuso la estructuración de la mayor parte de la actividad económica mediante empresas privadas operando en un mercado libre, y fue el resultado de una extraordinaria y excepcional confluencia de factores, así: (i) en el terreno ideológico, el liberalismo económico; (ii) en el ámbito político, la guerra civil inglesa del XVII y el triunfo de las revoluciones burguesas del XIX, la norteamericana en 1787 y la francesa en 1789¹⁵ frente al Antiguo Régimen; (iii) en el científico y tecnológico los avances procurados por la Revolución Industrial¹⁶; y (iv) en el de la teoría económica, el nacimiento de la escuela clásica con Adam Smith (el “apóstol del liberalismo económico”, y “padre de la economía moderna”)¹⁷.

La industrialización capitalista que se inició y desarrollo en Inglaterra desde la segunda mitad del XVIII y desde la primera mitad o el segundo tercio del siglo XIX en una parte importante de la Europa continental y en Norteamérica, se extendió desde finales del siglo XIX a Japón, después al Sureste asiático y al resto de Asia y acabó finalmente siendo global¹⁸, lo que propició el incremento y la realización sistemática de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Puesto que puede razonablemente suponerse que *“ninguna reacción política alterará el curso del capitalismo y de la globalización financiera a lo largo de los próximos dos siglos”*¹⁹ y que se incrementará inexorablemente el rendimiento del capital sobre la tasa de crecimiento mundial²⁰, las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas aumentarán y continuarán siendo un fenómeno en auge.

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas se produce en el marco del sistema de economía de mercado²¹ o capitalista moderno, en un contexto cada vez más universalizado o globalizado, y en la “*era de las finanzas*”²², notas que implican “*crecimiento corporativo*”²³ y “*financiarización*”²⁴. Así, los mercados financieros se convierten en los grandes árbitros del proceso económico²⁵ y los agentes que intervienen en ellos predicán y practican los principios del mercado,²⁶ modalizados por la búsqueda de la eficiencia financiera. Esta intervención en los mercados modalizada por la búsqueda de la eficiencia financiera se realiza con arreglo a un nuevo lenguaje, a nuevos modelos operativos y a nuevos valores²⁷, requiriendo que se optimicen las relaciones entre los agentes del mercado. Esta optimización se consigue de manera significativa mediante las fusiones transfronterizas de los grandes actores de ese mercado global: las sociedades anónimas, consiguiéndose la reducción de los costes de financiación y una mejor asignación de los recursos, con la consiguiente reducción de los costes de producción y, en última instancia, de los precios.

En esta época de capitalismo financiero global, si bien puede constatarse la existencia de una gran variedad de empresas y de empresarios²⁸, las “*empresas globales*”²⁹ son sus agentes económicos característicos. Entre dichas empresas globales, en el entorno de las sociedades mercantiles, sobresalen, sin duda, las sociedades anónimas que se han presentado como una pieza “*eficacísima*” para el desarrollo económico de la sociedad capitalista, y cuyo valor esencial es su característica de la limitación de responsabilidad. La limitación de la responsabilidad, como es sabido, determina el aislamiento del patrimonio de la sociedad respecto al de sus miembros y gestores, permitiéndoles liberarse de toda responsabilidad personal por los actos y contratos que contraigan en nombre de tales sociedades mercantiles. Solamente una aplicación excepcional y vigilante del Derecho permitiría revertir esa limitación de la responsabilidad mediante la aplicación de la teoría del levantamiento del velo³⁰ de las personas jurídicas, “*piercing the veil*”, al objeto de hacer frente a hermetismos u oscurantismos de personas jurídicas. Esta singular característica que es la limitación de la responsabilidad hoy ya constituye esencia constatable del Derecho Mercantil.

En nuestros tiempos “*la producción capitalista moderna tiene típicamente lugar en empresas grandes, burocráticamente organizadas y financiadas externamente*”³¹, bajo la forma corporativa³² de sociedades anónimas, que son las titulares del patrimonio empresarial que sirve para responder de las deudas que puedan surgir en el ejercicio de esa actividad³³. “*El negocio grande y típico es a la vez una empresa y una corporación*”³⁴, siendo la forma corporativa la solución normal que han desarrollado el Derecho y la práctica mercantil para resolver los problemas de financiación y responsabilidad.

En el contexto del capitalismo moderno en la búsqueda de la mayor eficiencia posible, las sociedades anónimas, especialmente las sociedades que cotizan en bolsa (sociedades cotizadas) aumentan en número y tamaño. A su vez, a los gestores de estas grandes corporaciones, directores de su intervención en el mercado, “*les preocupa tanto el mercado por sus acciones como el mercado por sus productos. Si se ha de elegir, las señales procedentes de los*

mercados financieros tienen prioridad sobre las que provienen de los mercados de productos: los gestores arbitrarán fácilmente divisiones o venderán la compañía entera si con ello potencian su valor accionarial; maximizarán los beneficios en vez de cuota de mercado. Los gestores deben adquirir o ser adquiridos en un mercado global (...). La actividad de fusión y adquisición alcanza niveles sin precedentes a medida que las industrias se consolidan sobre una base global (...), reestructuración de compañías (que) tiene lugar de forma mucho más rápida de lo que cabría imaginar”³⁵.

Acorde con la filosofía inmanente al “capitalismo financiero global”, el ser más competitivo constituye un elemento de supervivencia empresarial y, por ello, el incremento de la productividad se ha convertido en el gran desafío, a lo que poco o casi nada se puede oponer por constituir un elemento clave en la mejora de aquella competitividad, acudiéndose para lograr semejante mejora a fenómenos de reestructuración empresarial, y ejemplarmente a las fusiones transfronterizas de sociedades por acciones o anónimas, las grandes protagonistas del mercado. Estas reestructuraciones empresariales mediante fusiones transfronterizas ocurren en un contexto en el que “*la desregulación y la globalización de los mercados financieros han ido de la mano de manera reflexiva*”³⁶, pero son lastradas y limitadas por un Sistema Jurídico disperso, de múltiples y variados ordenamientos jurídicos, algo que a su vez determina que la complejidad técnica de la fusión internacional de sociedades anónimas contraste con “*la escasísima regulación existente*”³⁷. Efectivamente “*el rápido desarrollo experimentado por la globalización financiera, ha desfasado el marco institucional del sistema financiero, de modo que es necesario alcanzar un mayor grado de coherencia en el marco regulador y la problemática que plantea la globalización financiera en el momento presente y considerando su posible evolución*”³⁸.

Las leyes o normas jurídicas³⁹, a las que generalmente se les atribuye carácter institucional y se las caracteriza por la exigibilidad de su cumplimiento (enforcement)⁴⁰, constituyen el elemento nuclear de ese entramado institucional⁴¹, ahora disperso y diferenciado, que reclama urgente uniformización o unificación. Efectivamente, el sistema de economía de mercado conlleva libertad económica, que unida con aquella unidad de mercado, llama una particular aplicación del principio de igualdad, consistente en la “*necesidad de que todas las empresas disfruten del mismo grado de libertad en razón de la clase a la que pertenecen*”⁴², pero es más, puede también aludirse a un contenido esencial de la libertad de empresa, con independencia de la clase de empresa y del sector de la economía en la que actúe, esto es “*no hay libertad de empresa in genere pero sí un contenido esencial in genere para la libertad de empresa*”⁴³, que puede ubicarse en el aspecto nuclear del principio de igualdad, la “*indiscernibilidad de los idénticos*”⁴⁴.

Los principios de libertad e igualdad aludidos implican que la regulación normativa de las fusiones transfronterizas ha de ajustarse a las exigencias técnicas del concepto de juego⁴⁵, al perseguirse por las sociedades anónimas que acuden al proceso de fusión objetivos contrapuestos (a salvo de aquellas producidas en las reestructuraciones intragrupo, ya que al existir una cabecera de grupo “dirigente” no existiría contradicción), en un sentido o en otro, por medio de determinadas estrategias que se desarrollan según normas aceptadas libremente y que han de ser obedientes al contenido esencial de la

libertad económica, lo que es consecuente a la globalización económica y la única normación coherente con la misma.

A la altura de los tiempos actuales, en que se ha consumado la globalización financiera y está en ciernes de hacerlo la globalización económica, se demanda una gobernanza mundial, ciertamente condicionada por múltiples circunstancias, incluso evolutivas⁴⁶. En todo caso “*la gobernanza mundial, cualquiera a que sea su forma, necesariamente implica una reducción significativa de la soberanía nacional*”, podría ser que los estados nacionales no desapareciesen, “*pero su poder quedaría seriamente restringido por entidades supranacionales que legislarían y harían cumplir las leyes con la autoridad que les confiere la legitimidad democrática*”⁴⁷. Esta no es, desde luego, la situación actual, pero nada impide que llegue serlo, dados los avances y desarrollos de la Revolución Informática.

Las ideas de Estado⁴⁸, Derecho y Soberanía⁴⁹, no se identifican ni han evolucionado juntas, por más que tengan evidentes implicaciones. La despersonalización del concepto de soberanía, con la llamada a la soberanía de las normas o del Derecho⁵⁰, con la pirámide normativa que culmina en la Constitución como norma fundamental-cláusula de cierre del sistema mismo, y las legitimidades tecnocráticas⁵¹ y neotecnocráticas que se fundamentan en la eficacia y en que es legítimo lo que es eficaz y es eficaz lo que promueve el desarrollo tecno-económico, anticipan la crisis de las concepciones tradicionales del Derecho y su reconducción a un conjunto de normas calificadas, entre otras notas por una característica racionalidad funcional⁵².

La globalización comporta “deconstrucción de la ley” que, por ese mismo hecho, pierde sus funciones tradicionales y determinan la emergencia del “*soft law*”⁵³ y otras manifestaciones “difusas de juridicidad”. La supremacía de la ley estatal es imposible en un sistema globalizado o universalizado consumándose la ruptura de la equivalencia de los espacios de enforcement. Ningún Estado goza de soberanía global ni, por consiguiente, de legitimidad para crear Derecho más allá de su ámbito de soberanía.

El recurso al *soft law* o a otros sistemas de reglas difusos para resolver la problemática del marco regulador de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas no es convincente, ya que se compone de normas “blandas”, constituyendo manifestación típica de lo que se ha dado en considerar la paradoja consistente en que la problemática que plantea el fenómeno económico de la concentración de empresas mediante fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, en su dimensión jurídica, deriva de regulaciones que son “fuertes”, en tanto que las reglas jurídicas para solucionarlas, que pueden extraerse del *soft law* u otros sistemas normativos⁵⁴ difusos, son “débiles”⁵⁵. Por ello debe utilizarse un criterio de racionalidad estricta⁵⁶, enmarcado entre metodologías estructuralistas y de teorías de la complejidad tomando como referencia inexcusable los sistemas jurídico-positivos⁵⁷ con mayor implantación en el ámbito nuclear de los sistemas de economía de mercado o capitalistas modernos. Lo cual plantea problemáticas específicas, unas en el

ámbito de los aspectos conceptuales y más generales, y otra en el de los procesos o procedimientos para llevar a cabo la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

¹ Procede destacar que el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 2001, atribuye a “estructura” el significado siguiente: “2. Distribución de las partes del cuerpo o de otra cosa/profunda. En gramática generativa, esquema abstracto de las relaciones gramaticales de las frases de una lengua dada o de un conjunto de ellas/superficial. En gramática generativa reflejo de la estructura profunda en las frases de una o varias lenguas”, a “estructuración”, el de “acción o efecto de estructurar” y a “estructurar” el de “articular, distribuir, ordenar las partes de un conjunto”; El DICCIONARIO DEL ESPAÑOL ACTUAL, de MANUEL SECO, OLIMPIA ANDRÉS y GABINO RAMOS, v. I, Aguilar Lexicografía/Grupo Santillana Ediciones, S. A., Madrid 1999, a estructura atribuye el significado siguiente: “1. Disposición o modo de estar unidad distintas partes (de algo)/3. Sistema o conjunto de fenómenos solidarios e interdependientes/Adrados. Lingüística 9: La estructura implica funciones, como estar presuponen la estructura: por eso se habla indistintamente de Gramática estructural o Gramática funcional; a “estructuración, “acción de estructurar”, y a “estructurar” el de “dar estructura. Rábade-Benavente. Filosofía. 120: Mediante estas formas el lenguaje estructura el pensamiento, que sin ellas sería caótico”, Rábade-Benavente. Filosofía 55, No sólo distinguimos figura-fondo, sino que la figura, a su vez, tiende a estructurarse siguiendo unas leyes más o menos constantes”; El DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL, de MARÍA MOLINER, v. A-G, Editorial Gredos, S. A., Madrid 1994, a “estructura” le atribuye el significado siguiente: “Disposición. Manera general, a veces especificada con u adjetivo, de estar colocadas las partes de una cosa, a “estructuración”, y a “estructurar”, los trata como “derivados de significado deducible del de estructura”; DICCIONARIOS.com (Vox/Larousse) atribuye a “estructura” el significado de “modo de estar distribuidas las partes del todo y relación que puede establecerse e entre ellas”, y a “estructurar” el significado de “distribuir las partes de un conjunto según un sistema u orden determinados”; El diccionario de sinónimos y antónimos WordReference.com, indica como sinónimos de “estructura” los siguientes, “distribución, organización, ordenación, arreglo, colocación, disposición, orden”, también “combinación, composición, agrupación”, como sinónimo de “estructurar” el de “organizar, ordenar, constituir, disponer”, y como antónimo de “estructurar” a “desorganizar”; Podría hablarse también de “reestructuración societaria” en la medida en que según el Diccionario de la Lengua Española precitado, “reestructurar” significa: “Modificar la estructura de una obra, disposición, empresa, proyecto, organización”. No obstante al existir, en nuestro ordenamiento jurídico nacional o interno, una inequívoca inclusión legislativa de la fusión e incluso de la fusión transfronteriza intracomunitaria entre las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Ley 2/2009, de 3 de abril), parece razonable aludir a modificaciones estructurales mejor que a reestructuraciones societarias; Ya las RRDGRN de 17 de noviembre de 1993, 10 de junio de 1994 y 8 de noviembre de 1995 aludían a modificaciones estructurales de sociedades mercantiles; a la “estructura del grupo de sociedades” alude el artículo 529ter.1.e) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, incluido por el artículo Único.cuarenta de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

² A cambios “profundos y estructuras diferentes” en la sociedad anónima alude SÁNCHEZ CALERO, F., “La Sociedad Cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades”, Discurso leído el día 26 de marzo de 2001 en el Acto de su recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2001, p. 40 y 82-84, también lo hace en “El declinar de la Junta general y el Buen Gobierno Corporativo”, RDBB núm. 104, Octubre-Diciembre 2006, pp. 9-35; Se denominan “operaciones de modificación estructural”, en la disposición adicional decimosegunda de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, entre otras, a las fusiones “en las que intervenga un banco”.

³ Según el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, art. 3.1.a): “Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de: a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes”. Aquel Reglamento delimita las concentraciones comunitarias en su artículo 1, en los siguientes términos:” 2. Una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando: a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5 000 millones de euros, y b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro. 3. Una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión

comunitaria cuando: a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2 500 millones de euros; b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros; c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro”. Según el Considerando 10 del precitado Reglamento: “Se considera que una concentración tiene dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total de las empresas afectadas supera un umbral determinado con independencia de que las empresas participantes en la concentración tengan o no su sede o sus actividades principales en la Comunidad, siempre y cuando realicen operaciones sustanciales en la misma”; en nuestro ordenamiento interno según establece el artículo 7.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de “la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes”; Según se indica en las conclusiones 39-42 de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 26 de abril de 2007, en el asunto C-202/06 Cementbouw Handel & Industrie / Comisión, “en el Reglamento de concentraciones no se regula expresamente qué momento es decisivo para fijar la competencia de la Comisión para llevar a cabo un procedimiento de control de una fusión. Del Reglamento sólo se deriva que la Comisión debe comprobar al inicio su propia competencia y decidir sobre la misma (véanse el artículo 4, apartado 3, y el artículo 6, apartado 1, del RC), pero no qué momento - y por ende qué situación de hecho- debe servir de base de su examen. Por lo tanto, debe identificarse este momento relevante a la vista del sentido y finalidad de los preceptos relativos a la competencia así como del contexto del régimen de la misma (...) el Reglamento de concentraciones se basa en el principio de un reparto exacto de las competencias entre las autoridades nacionales y comunitarias de control, y compete exclusivamente a la Comisión decidir sobre las operaciones de concentración de dimensión comunitaria (...) Además, el régimen creado por el Reglamento de concentraciones está caracterizado por un imperativo de celeridad, plasmado sobre todo por un sistema de plazos muy preciso y estricto, en comparación con otros, y que persigue limitar la duración de los procedimientos de control de las fusiones. (...) Tanto el reparto de competencias como el imperativo de celeridad tienen como finalidad garantizar la seguridad jurídica y, en definitiva, ponen de manifiesto el objetivo de compatibilizar las exigencias de una buena administración con las del tráfico mercantil”; “Situada en el marco de los procesos de concentración empresarial (...). Desde el punto de vista jurídico la fusión, (...) se halla configurada en todos los países como una modalidad de concentración de carácter irreversible”, afirma FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L., “Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades”, RdS núm. 3, año II/1994, p. 246

⁴ “Así como la asociación sirve a los fines de la concentración capitalista, así también puede servir a esos mismos fines la disolución, seguida de asociación, esto es, el hecho de disolverse dos sociedades para formar luego una sola, o de disolverse una para ser absorbida por otra. En tales casos se hable de fusión, empleando una palabra gráfica que explica perfectamente el fenómeno desde el punto de vistas económico: las empresas funden sus elementos patrimoniales para constituir una sola empresa”, ya afirmaba GARRIGUES, J., “*Tratado de Derecho Mercantil*”, t. I, v. 2, Revista de Derecho Privado, Madrid 1949, p. 1269; Indica GIRÓN TENA, J., “*Derecho de Sociedades*”, t. I, Parte General. Sociedades Colectivas y Comanditarias, Madrid 12976, p.359, que “la motivación económica que sirve para explicar esta figura, se suele contar alrededor de la “concentración de empresas”, que, a veces, postula la unión de fuerzas productivas y la eliminación de actividades u organizaciones exuberantes”; “La fusión ha de ponerse en relación, evidentemente, con el fenómeno de la concentración empresarial del que supone la manifestación más acabada por cuanto tiene efectos societarios, y al que llega a transcender”, afirma ESCRIBANO GAMIR, R. C., “*La Protección de los Acreedores Sociales frente a la Reducción del Capital Social y las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Anónimas*”, Revista de Derecho de Sociedades-Monografías, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 1998 p. 66; SEQUEIRA MATÍN, A., “*La fundación de una sociedad anónima mediante fusión por creación de una nueva sociedad*”, en Derecho de Sociedades Anónimas, v. I, La Fundación, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1991, p. 916; IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “*Lección 25. Las Modificaciones estructurales de las Sociedades*”, en AAVV. Lecciones de Derecho Mercantil” (duodécima edición, Menéndez, A. y Rojo, A., Directores), v. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2014, p. 576, indican que “la fusión no es sino una manifestación del fenómeno de concentración de empresas”; ALONSO SOTO, R., “*Lección 14. Derecho de la Competencia*”, en AAVV. Lecciones de Derecho Mercantil” (duodécima edición, Menéndez, A. y Rojo, A., Directores), v. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2014, p.334 ;“Es de prever que la realización del mercado interior europeo conllevará un fuerte aumento del número de fusiones/concentraciones”, se afirma en el

Dictamen sobre el tema de las consecuencias sociales de las fusiones/concentraciones transfronterizas, Introducción, 1.1, DOUE, Serie C, núm. 329, de 30 de diciembre de 1989, p. 35; DE LA VILLA, L. E. y PALOMEQUE, M.C., *“Lecciones de Derecho del Trabajo”*, Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social, Madrid 1977, pp. 651-652, aluden a la fusión como “el grado máximo de concentración (...) puesto que en él surge siempre una única empresa”; VELASCO SAN PEDRO, L. A., *“Capítulo 2. Características generales de la Sociedad Europea. Fuentes de regulación, capital y denominación”*, en La Sociedad Anónima Europea. Régimen Jurídico Societario, Laboral y Fiscal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona 2004, p. 69, en relación con la Sociedad Anónima Europea, donde precisa que la “funcionalidad básica de la SE es la concentración y la colaboración transfronteriza entre empresas, más concretamente entre sociedades (...) de diferentes Estados miembros de la UE”; LARGO GIL, R., *“La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes”*, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1992, p. 33 precisa que la concentración de empresas “constituye un fenómeno típico de la economía contemporánea caracterizado por su generalidad y universalidad”, efectuando una visión histórica en pp. 33-58., precisando, en p. 58 que considera “a la concentración de empresas como una operación de carácter económico y con un propósito esencialmente económico, pero cuya actuación ha de llevarse a través de cauces jurídicos, de técnicas que permitan a estos móviles económicos alcanzar un resultado también económico. Una de esas técnicas es la fusión de sociedades”, considerando, en p. 62, a la fusión como “una concentración de empresarios sociales y no entre los individuales”, también en *“La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social”*, Revista de Derecho de Sociedades (RdS), núm. 12, año 1999-1, p. 71, donde afirma que “se trata de una función genérica en extremo. Responde, en general, al planteamiento estratégico clásico”; A “concentración e integración de empresas se refieren BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *“Manual de Derecho Mercantil”* Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid 2010, p. 568; La operatividad de las fusiones como operaciones de restructuración se infiere de los artículos 7.1 y 26.1 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.

⁵ A “sistema de economía de mercado o capitalismo” se refiere GIRÓN TENA, J., en *“Tendencias actuales y reforma del derecho Mercantil (Estudios)”*, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1986, p. 52; Indica GALBRAITH, J. K., *“La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo”*, Crítica, S. L., Barcelona, 2004, pp. 18-19 y 21, “en Europa la palabra “capitalismo” afirmaba de modo demasiado estridente el poder de la propiedad y la magnitud de la opresión y sometimiento de los trabajadores; en este contexto la revolución no era algo imposible ni inverosímil. En Estados Unidos el término tenía connotaciones diferentes, pero igualmente negativas. (...) A finales del siglo XIX, no eran solo los trabajadores estadounidenses quienes albergaban una actitud hostil hacia el capitalismo, sino también el público en general que se sentía en gran medida afectado por él. “Capitalismo” significaba precios, explotación y abusos (...). Lo que siguió fue una decidida búsqueda de un nombre alternativo que fuera satisfactorio (...). Fue así como se llegó finalmente a “sistema de mercado”, una designación más o menos culta que carecía de una historia adversa; De hecho una expresión que carecía por completo de historia, Habría sido difícil encontrar una denominación con menos sentido, y esta fue la razón para su elección”. Terminando por afirmar, en p. 24, que “hablar de un sistema de mercado, (...), carece de sentido; es una fórmula errónea, insípida, complaciente”; A “sistema capitalista o de economía de mercado” se refiere DE EIZAGUIRRE, J. M., *“Derecho de los títulos valores”*, Thomsom-Civitas, S.A., Madrid 2003, p. 5; SOTELO, I., *“El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive”*, Editorial Trotta, S. A., Madrid 2010, p. 117. En esa misma página, en Nota 2 del Capítulo I (El Estado: Soberanía, libertad, Derecho), incluida en la sección o epígrafe 5 (Estado de derecho y Estado democrático), del siguiente concepto de capitalismo: “Por capitalismo se entiende un sistema de producción en el que actúan dos sectores sociales, los propietarios de los medios de producción, que dirigen el proceso productivo, y los que venden la fuerza de trabajo a cambio de un salario. Dos sectores que el mercado vincula en un proceso productivo que ya no tiene como objetivo cubrir las necesidades de subsistencia, siempre limitadas, sino obtener un beneficio que, en cuanto tal, no conoce límites (principio de la acumulación indefinida)). Este proceso productivo se lleva a cabo de manera racional, primero, porque los empresarios proponen planes nítidos para conseguir estos resultados, y segundo, porque calculan racionalmente tanto los riesgos como la ejecución. Tres elementos constituyen por tanto el capitalismo: 1) compradores y vendedores de la fuerza de trabajo que el mercado pone en relación; 2) producir, no para satisfacer las necesidades humanas, sino para conseguir beneficio; 3) racionalizar el proceso”; A “sistema de mercado” se refiere RAWLS, J., *“Teoría de la Justicia”*, Fondo de Cultura Económica, y Ediciones F.C.E. España, S.A., México y Madrid 1978, pp. 308-311, en términos laudatorios, haciendo equivalente “sistema de mercado” y “sistema de libre mercado y propiedad privada”, en el que “los precios están libremente determinados por la oferta y la demanda”, precisando, en p. 310 que “un sistema de mercado descentraliza el ejercicio del poder económico. Sea cual fuere la naturaleza interna de las empresas, privadas o estatales, dirigidas por empresarios o por gerentes elegidos por los trabajadores, toman los precios de los outputs e inputs dados, y proyectan sus planes de acuerdo o con ello. Cuando los mercados son verdaderamente competitivos las empresas no se comprometen en guerras de

precios o en luchas por el poder del mercado. De acuerdo con la decisión política obtenida democráticamente, el gobierno regula el clima económico ajustando ciertos elementos bajo su control, tales como la cantidad total de inversiones, el valor del interés y la cantidad de dinero, etc. No hay necesidad de una programación excesivamente amplia y directa. Los consumidores y las empresas son libres de tomar sus posiciones independientemente; sujetos a las condiciones generales de la economía”.

⁶ A la “llamada “primera” mundialización financiera y comercial -la de los años 1870-1914-, período que tiene profundas semejanzas con la “segunda” mundialización, en cuso desde los años 1970-1980”, alude PIKETTY, T., “El capital en el siglo XXI”, Fondo de Cultura Económica, México 2014, p. 44.

⁷ “El paradigma de lo “global” ha estado presente de manera permanente en nuestra civilización, eso sí, con distintas acepciones”, indica LÓPEZ CACHERO, M., “*Respuesta al discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores del Doctor don Eugenio Prieto Pérez*”, Real Academia de Doctores, Madrid 2002, p. 59; “Este proceso de integración mundial y de progresiva reducción de las distancias no es nuevo. Hace ya siglos que empezó. Los viajes con carabelas unieron los cinco continentes a pesar de que los movimientos de personas y mercancías de un continente a otro era extraordinariamente costoso y difícil. Pero las distancias ente países empezaban a reducirse dramáticamente”, afirma SALA i MARTÍ, X., “*Economía liberal para no economistas y no liberales*”, (sexta edición), DeBolsillo, Barcelona 2010, p. 86; La “globalización se acentúa extraordinariamente con la “industrialización, que modificó radicalmente muchas cosas, entre ellas el sistema económico, que, en calidad de capitalismo industrial, adquirió nueva esencia” (...). Con la industrialización el sistema se dinamizó y en la segunda mitad del siglo XX alcanzó dimensiones mundiales (...) la creciente interdependencia de los procesos de intercambio capitalista más allá de las fronteras de los estados y los continentes, es decir, la globalización del sistema, que no constituye un fenómeno nuevo, sino que se viene desarrollando poco a poco, desde hace siglos (...). Con todo, desde 1860, más o menos, hasta 1914, y, de nuevo a partir de 1960, aproximadamente, y, sobre todo, desde 1990, la globalización se aceleró de forma extraordinaria (...). La globalización no es sólo un fenómeno económico, sino también una conexión en el ámbito de las comunicaciones, las políticas y las culturas más allá de cualquier frontera. Sin embargo el capitalismo, además de ser una importante fuerza motriz de la globalización, también es el terreno en el que ésta ocurre, aun cuando ese terreno no haya englobado todas las áreas del mundo, y sin que los estados-nación hayan perdido su importancia”, afirma KOCKA, J., “*Historia del capitalismo*”, Editorial Planeta, S. A., Barcelona 2014, p. 121; A la “globalización (o mundialización) en la negociación de los valores emitidos por las sociedades cotizadas”, alude SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 81, en donde precisa lo siguiente: “Fenómeno de mundialización cuyo crecimiento va en aumento de forma acelerada, que ha de llevar consigo un acercamiento no ya de los distintos sistemas jurídicos, sino al menos de un superior conocimiento de ellos, con las recíprocas influencias que derivan de esos conocimientos”; “Los conceptos de la nacionalidad, como expresión del vínculo del sujeto con un estado determinado, y de la territorialidad, como proyección espacial de la soberanía nacional, se nos parecen en el siglo XXI como francamente antiguos, cerca de estar agotados. Frente a la nacionalidad, la condición de “miembro” del moderno estado-nación admite otras formulaciones, y lo mismo sucede con las fronteras como soporte físico, aunque en el fondo “invisible”, de la territorialidad, que ya no es marco exclusivo de las identidades culturales ni del alcance de las funciones materiales de los gobiernos o gobernanza. Son conceptos que se fragmentan cada vez más y se vuelven insuficientes para explicar los vínculos de los sujetos con los poderes públicos y otras instancias conformadoras del orden social y de las conductas y la diversidad de efectos del poder y la coerción sobre tales conductas o capacidad de ordenación (...). En la reflexión colectiva sobre la globalización es ya un lugar común pasar de la esfera de lo nacional a lo global como algo diferente de lo interestatal, y del gobierno la gobernanza, precisamente para resaltar ese poder más sutil de conformación de la conducta social, especialmente en el ámbito internacional, que no se limita al aparato coercitivo del estado o de los instrumentos nacidos de los tratados entre Estados”, afirma HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “*La Edad de los Deberes*”, discurso leído el día 17 de junio de 2013 en el acto de du recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Rea Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2013, pp. 39-40; “El concepto de sistema capitalista global no es menos significativo porque sea un concepto abstracto. Gobierna nuestras vidas del mismo modo que cualquier régimen gobierna la vida de las personas. El sistema capitalista puede compararse con un imperio cuya cobertura es más global que la de cualquier imperio anterior: Gobierna toda una civilización y, como en otros imperios, quienes están fuera de sus murallas son considerados bárbaros. No es un imperio territorial porque carece de soberanía y del boato de la soberanía: de hecho, la soberanía de los Estados que pertenecen a él es la principal limitación de su poder e influencia. Es casi invisible porque no posee una estructura formal”, indica SOROS, G., “*La crisis del capitalismo global*”, Editorial Debate, S. A., Madrid 1999, p. 135; “Se han desarrollado procesos económicos y formas de organización nuevas que trascienden los límites territoriales de los Estados. He aquí la globalización genuina, el lugar el emplazamiento, deja de sr relevante para comprender lo que está ocurriendo; el “espacio de flujos” sustituye al “espacio de lugares””, afirma

INGHAM, G., *“Capitalismo”*, Alianza Editorial, S. A., Madrid 2010, p. 246; Sobre la globalización financiera indican ROUBINI, N. y MIHM, S., *“Cómo salimos de ésta”*, Destino, Barcelona 2010, p. 201, que “no es nada nuevo. En 1875, el banquero Karl Mayer van Rothschild, al observar que los mercados de valores globales se habían desplomado la unísono realizó un simple comentario que sigue vigente en la actualidad. “El mundo entero se ha convertido en una ciudad”. En la época de Rothschild, la integración iba más allá de los mercados de valores: el comercio global también era sumamente interdependiente y sensible a las crisis financieras”; La expansión del ser humano por el mundo no deja de ser una forma de universalización y una respuesta a la “pregunta de Yali”: ¿Por qué vosotros los blancos desarrollasteis tanto cargamento y lo trajisteis a Nueva Guinea, pero nosotros los negros teníamos tan poco cargamento? (dicho en otras palabras ¿por qué el poder y la riqueza se distribuyeron como lo están ahora y no de otra manera?), DIAMOND J., “Armas, Gérmenes y Acero”, Editorial Debate, Madrid 1998, sobre la “pregunta de Yali” pp. 10-11; Al “circulo virtuoso” que produce la internacionalización de la economía se refiere la Ley 8/2014, de 22 de abril, sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización de la economía española, en el apartado primero de su Preámbulo; Sobre la posibilidad de decrecimiento de la globalización. LACALLE, D., *“La madre de todas las batallas”*, Ediciones Deusto- Centro de Libros Papf, SLU, Barcelona 2014.

⁸ “En cuanto a la función económica de la operación de fusión, la misma se suele considerar como el instrumento por excelencia de concentración empresarial, es decir, es la forma de unirse dos o más empresas para formar una empresa más grande. Ahora bien, aunque éste es el significado económico prototípico de la fusión, la misma no siempre responde a la idea de unión de empresas antes independientes, pertenecientes a titulares distintos que deciden asociarse. Así la fusión es también (...) un instrumento de reorganización o reestructuración de grupos de sociedades de manera que no aumenta el tamaño total del grupo empresarial sino que se configuran de forma diferente las unidades societarias que lo comprenden (...). No podemos tampoco dejar de decir que, aunque la noción de fusión presupone la idea de unión o concentración de empresas, no en pocas ocasiones se utiliza como instrumentalmente en procesos no de unión sino de adquisición y compra de empresas (...). La fusión en último término es un instrumento asociativo, no un instrumento de intercambio patrimonial, para la enajenación de activos empresariales a cambio de dinero. Sin embargo, en la práctica económica y jurídica real, la fusión muchas veces es un instrumento de venta y adquisición de empresas, desempeñando una función no de concentración empresarial sino meramente financiera”, indican GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., *“Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles”*, Editorial DYKINSON, S. L., Madrid 2011, pp. 121-122, que precisan, en p. 125, “en las fusiones en que intervienen varias sociedades independientes predomina el aspecto contractual, mientras que en las fusiones intragrupo (que son las más numerosas), predomina el aspecto corporativo”; Precisa FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *“El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos aires 2010, p. 62 que “No se consideran “combinaciones de negocios” (...) las operaciones de concentración “intragrupo”; es decir las uniones de empresas en que participan entidades bajo control común (dominante y dominada o dominadas directa o indirectamente; dominadas dependientes de la misma matriz (...) las fusiones (...) que en nuestro Derecho de sociedades constituyen, en terminología contable, “combinaciones de empresas” son, en la práctica la excepción”.

⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 25 de febrero de 2013; Sobre la concepción tradicional de la empresa y el cambio de paradigma empresarial OLCENSE, A., RODRÍGUEZ, M. A. y ALFARO, J., *“Manual de la empresa responsable y sostenible”*, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U., Madrid 2008, pp. 4-9.

¹⁰ CONDE TEJON, A., *“Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (Solución aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión parcial de activo y pasivo)”*, RdS núm. 25, 2010-2, p. 71, precisando, en p. 74, “en definitiva la regulación de las modificaciones estructurales no implica que no puedan existir otras operaciones de reestructuración empresarial, aunque ésta carezcan de regulación específica. De hecho, esta ausencia de regulación se debe a que estas últimas le son aplicables las normas generales, mientras que las modificaciones estructurales precisan de una regulación específica para contar con sucesión universal, pero ello no altera su carácter de reestructuraciones empresariales, tan solo les concede una importante especialidad”

¹¹ GALBRAITH, J. K., *“Historia de la Economía”* (5ª edición), Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1991, p. 315, afirma que “la futura teoría de la empresa, para que sea pertinente, deberá constituir ante todo una teoría de la estructura y de la organización burocráticas. La teoría clásica de la empresa sólo podrá sobrevivir si guarda relación con el sector menor de la economía, el de la pequeña empresa. El empresario a título individual el

héroe de los economistas, seguirá siendo celebrado, pero sólo en la medida en que opere en un sector secundario de una economía que está dominada por las grandes sociedades anónimas”.

¹² En éste sentido se pronuncian IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Lección 18. Sociedades de Capital. Aspectos Básicos”, en *Lecciones de Derecho Mercantil* (A Menéndez y Á Rojo, Directores), v. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 418, aun cuando adviertan que “esto no quiere decir, sin embargo, que en nuestro sistema la sociedad anónima no pueda ser empleada para el desarrollo de cualquier otro tipo de actividad empresarial, ya que la flexibilidad y ductilidad de gran parte d su régimen jurídico la convierten en un tipo societario de gran polivalencia, que se adapta por igual a las sociedades de pocos socios (incluso uno solo, cuando se trata de una sociedad anónima unipersonal) o de reducida transcendencia económica”.

¹³ Afirma KOCKA, J. op. cit. (*Historia del capitalismo*), p. 125 que “en los órganos de dirección de las grandes empresas, que hace tiempo pasaron de ser sociedades personalistas a convertirse en sociedades de capital o que se crearon inicialmente como tales, la influencia de las familias aún era enorme en la segunda mitad del siglo XX, especialmente en el Reino Unido y Japón. Sin embargo, el capitalismo gerencial se fue imponiendo por lo general en las empresas grandes o muy grandes, cada vez más abundantes y nacidas, por lo general, como sociedades de capital constituidas a través de acciones o participaciones”.

¹⁴ Indica KOCKA, J. op. cit. (*Historia del capitalismo*), pp. 115-116, tras diferenciar entre capitalismo agrario, capitalismo comercial, capitalismo financiero y capitalismo industrial, indica lo siguiente: “A finales del siglo XX y principios del XXI se vivió un crecimiento desmesurado, sin el que probablemente no habría sido posible la crisis financiera y económica internacional de año 2008. Pero la novedad revolucionaria que se produjo tras 1800 fue la industrialización, que modificó radicalmente muchas cosas, entre ellas el sistema económico, que, en calidad de capitalismo industrial, adquirió nueva esencia. Con “industrializan” nos referimos a un proceso de transformación socioeconómica compleja y profunda, en cuyo núcleo existen tres elementos estrechamente relacionados entre sí: las innovaciones técnico organizativas, (...); la explotación masiva de las fuentes de energía (...) y, por último, la extensión de la fábrica como empresa de producción en la que se divide el trabajo”; Sobre las “variedades de capitalismo” INGHAM, G., op. cit. (*Capitalismo*), pp. 256-267.

¹⁵ CRUZ PARCERO, J. A., “*El lenguaje en los Derechos*”, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 154-157.

¹⁶ Cualquier referencia a la “Revolución Industrial” requiere una, siquiera simple alusión, al mercantilismo como etapa inmediatamente antecedente y de ruptura con los postulados éticos y socioeconómicos del Medioevo. Época que se caracteriza por la manufactura e industria doméstica, la actitud de los mercaderes contraria a la competencia (que provocan la intervención del Estado en la regulación monopolista de precios y productos), la imposición de aranceles y limitaciones a determinadas importaciones, y la tendencia a la acumulación de riqueza pecuniaria (oro y plata), que es también la de los “mercaderes aventureros”, las agrupaciones de mercaderes (Universidad de Mercaderes del Siena de 1664), las primeras “compañías”(Ordenanza de Roussillon, Ordenanza de Blois, el Códice Michaud, las Ordenanzas de Bilbao, etc.) y las grandes “compañías de indias” (en 1555 la Compañía Moscovita, en 1600 la Compañía Británica de las Indias Orientales, en 1602 la Compañía Holandesa de la Indias Orientales, en 1664 la Compañía Francesa de las Indias Orientales, etc.). Estas últimas, antecedentes de las sociedades anónimas, permiten la acumulación de grandes masas de capital, mediante las aportaciones de la burguesía incipiente y la aristocracia terrateniente (incluso por expediciones), con riesgos limitados a la pérdida del capital aportado. La expresión “Revolución Industrial” se utiliza, ordinariamente, para designar la primera fase del desarrollo de la industria moderna que tuvo lugar en Inglaterra y en el sur de Escocia en el último tercio del siglo XVIII. La aparición del proletariado industrial y urbano se vincula directamente a la aparición del “factory system”. La Revolución Industrial determinó que grandes masas de capital, en parte antes utilizadas por los mercaderes para adquirir los objetos realizados en el taller artesanal, o que servían para la adquisición de materia prima que era enviada a los talleres domésticos para su elaboración y cuya remuneración servía para atender al precario sustento de los miembros de la familia, se comenzaron a invertir en la creación de grandes establecimientos fabriles y en maquinaria, provocando el desplazamiento hacia las zonas industriales, fábricas y factorías de quienes, salvo alimentos para atender a su subsistencia y escasas mercancías, poco o prácticamente nada antes habían producido. El origen de la Revolución Industrial es muy discutido, debatiéndose fundamentalmente si debe atribuirse a las innovaciones tecnológicas que parecen en un momento singularmente rico en invenciones (las realizadas por Watt, Arkwright, Kay y Hargreaves, etc.) o a la aparición del espíritu de empresa. Con ella se inicia el largo proceso que “modeló profundamente el desarrollo económico”. A. Smith (“Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones”) y K. Marx (“El Capital”, y con F. Engels el “Manifiesto Comunista”), que surgen en aquel proceso, son los economistas más célebres y autores de los tratados con más influencia en el desarrollo posterior de la economía y de las ideologías (economicismo), el capitalismo y el

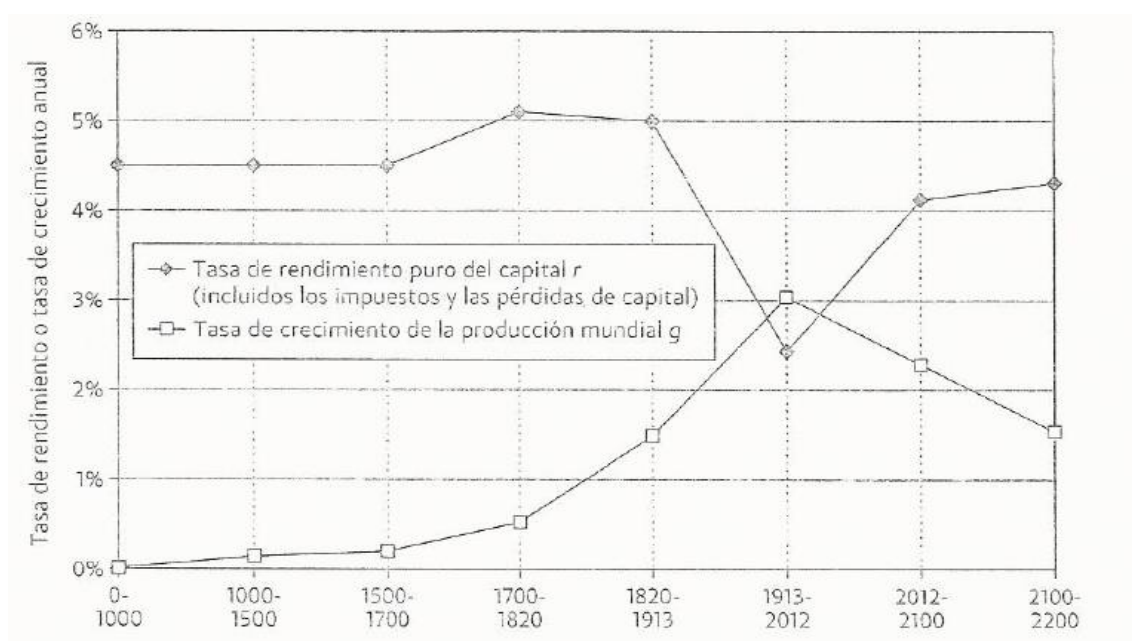
socialismo/comunismo. Las empresas en esta etapa se van a caracterizar por su notable dimensión, comparada con las unidades de producción de épocas anteriores, y por la introducción de la división del trabajo, gracias a la aparición y eficacia de las nuevas invenciones (maquinismo) que permiten la separación del proceso productivo en operaciones diferentes y la especialización del trabajador en cada una de las tareas que lo componen. La manufactura se especializa y la factoría florece. La aportación de las ingentes masas de capital necesario se logra mediante la creación de las sociedades por acciones o anónimas (formidable invento sin el que no hubiera sido posible el espectacular desarrollo económico del capitalismo). La creación y destrucción de empleo son consecuencias antagónicas, pero asociadas, desde entonces, a un desarrollo económico espectacular que se funda en la capacidad creativa humana, en las épocas posteriores (con el desarrollo, ya en época relativamente reciente, de los sistemas de Seguridad Social y demás mecanismos de protección social propios de la sociedad del bienestar, los inconvenientes derivados de la destrucción del empleo desaparecen o se minimizan). En ese momento histórico la desaparición de las formas tradicionales de trabajo, las migraciones a las ciudades, la mejora de las condiciones higiénicas y la disminución de la mortalidad con el consiguiente aumento demográfico, van a determinar la existencia de grandes excedentes de mano de obra. Las masas trabajadoras de las fábricas del centro de Inglaterra y en Escocia sufren, al comienzo de la Revolución Industrial, las consecuencias más adversas del proceso de desarrollo económico extraordinario que entonces se inicia (jornadas extenuantes, salarios míseros, condiciones higiénicas deplorables en los lugares de trabajo y en los hogares, truck system, trabajo de niños y mujeres en condiciones lastimosas, etc. y, en fin, brevedad de una sufrida existencia). Los trabajadores se encuentran en una situación de subordinación tal al poder del capitalista-empresario, y en un medio tan dominado ideológicamente por el darwinismo social y la ética protestante, que carecen de capacidad de reacción contra aquellas insoportables condiciones de trabajo y existencia. En España aquellas terribles consecuencias sociales se manifiestan especialmente durante la primera mitad del siglo XIX. Las consecuencias sociales de la Revolución Industrial producen inmediatas reacciones tendientes a la mejora de la situación de la clase obrera, entre las que cabe destacar la temprana obra de Sismondi J.-Ch. L., que advierte de la existencia de dos clases, los ricos y los pobres, o los capitalistas y obreros, así como la pretensión de mitigar aquellos perversos efectos mediante realizaciones filantrópicas, ejemplarizadas en el complejo fabril y residencial de New Lanark. Las críticas sistemáticas a las trágicas consecuencias que para una parte importante de la población supusieron Revolución Industrial y el liberalismo económico derivaron de las posiciones después conocidas como socialistas (C. H. Saint-Simon, Ch. Fourier, R. Owen, L. Blanc, P. Proudhon, F. Lassalle, L. Fierbich, el “cartismo” inglés, y, especialmente, K. Marx). La reacción contundente ante tan terrible situación de los obreros se ejemplifica en la revolución francesa de 1848 y en la Comuna de París de 1871.

¹⁷ Cuyas ideas clave consistieron en “afirmar que todo intercambio voluntario genera beneficios para las dos partes y que, mientras la cooperación sea estrictamente voluntaria, ningún intercambio se llevará a cabo, a menos que ambas partes obtengan con ello un beneficio, (y que) no es necesaria una fuerza externa, la coerción o la violación de la libertad para conseguir la cooperación entre individuos que se pueden beneficiar de ésta”, indican MILTON y ROSE FRIEDMAN, “*La libertad de elegir*”, Ediciones Grijalbo, S. A., Barcelona 1980, p. 16; KOCKA, J. op. cit. (Historia del capitalismo), p. 105, indica que “el capitalismo no fue realmente valorado hasta que se difundió el espíritu de la Ilustración”.

¹⁸ KOCKA, J. op. cit. (Historia del capitalismo), p. 117.

¹⁹ PIKETTY, T., “*El capital en el siglo XXI*”, Fondo de Cultura Económica, México 2014, p. 393.

²⁰ PIKETTY, T., op. cit. (El capital en el siglo XXI), pp. 388-391.



Fuente y series piketty.pse.ens.fr/capital21c

²¹ El “sistema de economía de mercado” no cabe confundirlo con la existencia de sistemas monetarios y la existencia de “mercados” o del “mercado” como institución económica. Pues como precisan McNEIL J. R. y McNEIL W. H., “*Las redes humanas*”, Crítica, Barcelona 2004, p. 76, “Las ciudades griegas pronto empezaron a usar metal de baja ley para acuñar monedas de menor valor con el fin de utilizarlas en las transacciones cotidianas en el mercado (...). En realidad, ciertos patrones de valor venían utilizándose desde la época de los sumerios o incluso antes (...), al facilitar la tarea de asignar valor monetario exacto a todo lo que se ofrecía en venta, simplificaron, aceleraron y ampliaron el comercio al por menor y al por mayor”, y, en p. pp. 134-135, bajo el título “como se convirtió China en la primera sociedad de mercado”, (que no primer “sistema de economía de mercado”), destacan que “los monasterios budistas dotados de abundante riqueza se convirtieron en centros de difusión de las nuevas formas artísticas y religiosas, y, en medida no menor, del comportamiento de mercado. Después de todo, los monasterios eran empresas económicas además de religiosas: también en la antigua Sumer, la aparición de un culto apropiadamente espléndido requería artículos raros y preciosos, lo cual dio oportunidades nuevas a quienes se dedicaban al comercio con lugares lejanos; “También RAWLS, J., op. cit., (*Teoría de la Justicia*), p. 311, abunda en esa diferenciación al indicar que “es necesario reconocer que las instituciones de mercado son comunes, tanto en los regímenes de propiedad privada como en los socialistas, y distinguir entre la función de asignación de precios y las de distribución. Ya que, bajo el socialismo los medios de producción y los recursos naturales son públicamente poseídos, la función distributiva se restringe en gran parte, mientras que en un sistema de propiedad privada, se usan los precios gradualmente para ambos propósitos”; Sobre el valor instrumental del mercado en la doctrina rawlsiana para el logro de una sociedad “bien ordenada”, QUERALT LANGE, I., “*Igualdad, suerte y justicia*”, Marcial Pons, Madrid 2014, pp. 234-236.

²² Se afirma que “el sello distintivo de la forma actual de capitalismo global, el rasgo que lo distingue de versiones anteriores, es omnipresente éxito: la intensificación del afán de lucro y su penetración en áreas que antes se regían por otras consideraciones. Los valores no monetarios solían desempeñar un papel más importante en la vida de las personas (...). Para comprender cómo el régimen capitalista global actúa se diferencia de regímenes anteriores, debemos reconocer el creciente papel del dinero como valor intrínseco. No es una exageración decir que el dinero regula la vida de las personas en mayor grado que nunca”, SOROS, G., “*La crisis del capitalismo global*”, Temas a Debate, Madrid 1999, p. 147.

²³ MUÑOZ GARCÍA, A., “Capítulo V: Fusión de Sociedades. Merger of Companies”, en *Modificaciones y Transformaciones de empresas*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense Madrid, Madrid 2012, p. 544.

²⁴ KOCKA, J. op. cit. (*Historia del capitalismo*), p. p. 133-140.

²⁵ “La excesiva financiarización de la economía capitalista está ahogando a la economía real”, afirma OLIER, E. “*La crisis del capitalismo actual*”, diario El Economista, del viernes 17 de mayo de 2013, p. 4.

²⁶ PRIETO PÉREZ, E., “*La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*”, Real Academia de Doctores, Madrid 2002, p. 7.

²⁷ PRIETO PÉREZ, E., op. cit. (*La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*), p. 12.

²⁸ Acerca de las nociones de empresa y empresario precisan SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “*Instituciones de Derecho Mercantil*”, v. I, Thomson Reuters-Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 100-104, diferencian entre las nociones económica de empresa y de empresario y sus aspectos jurídicos, afirmando que las nociones económicas de empresa y empresario son las siguientes: a) que “la empresa es una unidad de producción en la que se combinan los precios del capital y del trabajo con la finalidad de suministrar al mercado bienes o servicios a un determinado precio, con el fin de obtener una renta monetaria igual a la diferencia de unos precios y otros. Existirá una ganancia si los precios de distribución o venta son superiores a los de coste y una pérdida en caso contrario”; que el empresario “es la persona que organiza la empresa, la dirige ejerciendo una función de autoridad sobre los que trabajan en ella y asume los riesgos que esa actividad implica, derivados en gran medida del hecho de que los bienes y servicios que produzca la empresa tengan aceptación o no en el mercado, lo que en el primer caso le producirá beneficios y en el segundo pérdidas. El empresario (o grupo de empresarios, cuando la dirección es colectiva) tiene, según algunos economistas, la nota de ser la fuerza motriz de la empresa y, en definitiva, del sistema económico (...). Porque el empresario posee un poder de iniciativa económica y en definitiva, un poder económico, evidentes. Los empresarios se identifican así, desde una perspectiva económica, con el equipo directivo de una empresa”. En relación los aspectos jurídicos, afirman que “la empresa como realidad económica es objeto de una profunda atención por parte del ordenamiento jurídico. Pero éste no puede asumir pura y simplemente el concepto económico de empresa y transformarlo en un concepto jurídico, sino que se han de afrontar distintos aspectos del régimen jurídico de la empresa” diferenciando entre: a) aspecto subjetivo; b) aspecto funcional; c) aspecto objetivo; d) aspecto laboral, ofreciendo la siguiente noción genérica de empresario: “la figura del empresario, como titular de una empresa, es básica para el derecho mercantil en cuanto (...) constituye el centro del sistema de esta parte del ordenamiento jurídico. El empresario es (...) la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los medios precisos para la producción o cambio de bienes o servicios para el mercado. El empresario puede ser tanto una persona física como jurídica”, desarrollando las notas características del concepto de empresario en pp. 108-110; “La empresa es normativamente una realidad”, afirma DUQUE, J., “*Motivos, problemas y sistema de la unificación del derecho privado en el Codice Civile de 1942*”, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. I, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1996, p. 298, precisando, en p. 299 que “la construcción unitaria de la empresa es, en sustancia, una consecuencia de la contemplación exclusiva de las fuentes de los poderes del empresario”, concluyendo, en pp. 300-301, que la empresa no es una “interposición en el cambio (...). Es esta perspectiva clásica la empresa no es como en el derecho de impronta objetiva, u acto de comercio concebido como un acto de interposición entre el trabajo y el mercado. La empresa es una forma de organización de los factores productivos para proveer al mercado de bienes y servicios. Esta es el destino final de los intercambios realizados de diversa manera por la empresa”; Sobre el concepto de empresa GIRÓN TENA, J., “*Apuntes de Derecho Mercantil*”, t. 1, La Empresa, Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid 1983-1984, especialmente pp. 7-44; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, J., “*Introducción al Derecho Mercantil*”, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1998, p. 51, afirma que la “empresa privada” constituye la “forma que adoptan las unidades económicas de producción que se asientan sobre un grado de “organización de factores de producción (capital y trabajo) para la producción de bienes o de servicios con destino a un mercado” y su característica más acusada deriva de su condición capitalista estructurada sobre la oposición capital-trabajo. Porque, en efecto, el dato definidor de la empresa privada reside en la atribución de la condición de empresario y por tanto el poder de decisión, al propietario de los medios materiales de producción (esto es, al propietario del capital), sujeto sobre el que hace recaer tanto los beneficios como las pérdidas que la gestión empresarial reporte y al que se asigna la condición de acreedor de las fuerzas de trabajo que en la empresa se combinan”; Según precisa POSNER, R. A., “*Análisis económico del Derecho*” (2ª edición), Fondo de Cultura Económica, México 2007, p. 656, “la empresa es un método de organización de la producción; la corporación es un método (...), para atraer capital hacia la empresa”; Indica ALONSO OLEA, M., “*Introducción al Derecho del Trabajo*”, (sexta edición), Civitas, Madrid 2002, p. 93, “La realidad de esta institución a la que denominamos empresa es innegable, innegable en su generalización e innegable (...) el papel esencial que juega en la civilización industrial contemporánea, de cuyo sistema económico y social es fundamento y base”.

²⁹ OLCENSE, A., RODRÍGUEZ, M. A. y ALFARO, J., op. cit. (*Manual de la empresa responsable y sostenible*), pp. 11-12, afirman lo siguiente: “Algunos han saludado la globalización como el bálsamo de todos los males. Mientras que otros la han estigmatizado como el principio del fin aunque, como casi todo en la vida, la

globalización presenta claroscuros, lo que está claro es que es un fenómeno inevitable. La liberalización de los mercados y el desarrollo de las tecnologías de la información han propiciado el avance imparable de la globalización. El mundo económico y empresarial se ha globalizado. Las cadenas de aprovisionamiento son globales. Los mercados son globales. Asimismo parece un hecho incuestionable que el fenómeno de la globalización ha propiciado que mientras diversas parcelas de poder que hasta hace poco detentaban los estados, y por tanto la sociedad civil, se han visto menguadas, las grandes corporaciones han visto como su poder de facto crecía”, ofreciendo, de seguido una serie de datos, que avalan esa afirmación.

³⁰ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2014.

³¹ INGHAM, G., op. cit. (*Capitalismo*), p. 146, que añade, “donde se integran las diferentes fases especializadas de la producción. Las tareas del control diario y la coordinación del trabajo las realizan directivos asalariados que, en su mayoría no poseen ninguna porción de la empresa (...), la empresa capitalista moderna está típicamente financiada con dinero-capital obtenido externamente en forma de acciones, valores, bonos y préstamos bancarios”, sobre las teorías de la empresa capitalista su desarrollo histórico gobernanza y otros aspectos colaterales, pp. 146-176.

³² POSNER, R. A., op. cit. (*Análisis económico del Derecho*), p. 626, que precisa, en p. 630, la forma corporativa permite que un inversionista realice pequeñas inversiones de capital a fine reducir el riesgo mediante la diversificación (...), y liquidar su inversión rápidamente y con poco costo. Sin la responsabilidad limitada no se permitiría siquiera que un accionista vendiera sus acciones sin el consentimiento de los demás, ya que si las vendiera a alguien más pobre que él, aumentaría el riesgo de los demás accionistas”.

³³ SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*, v. I), p.101, advierten que “si bien en el uso corriente del lenguaje suele considerarse a la empresa como un sujeto (...) desde una perspectiva jurídica interesa precisar que la empresa no es un sujeto de derecho, careciendo dentro del ordenamiento de una personalidad jurídica. Es el empresario y no la empresa el titular de los derechos y obligaciones que la actividad empresarial genera. Ahora bien si desde una perspectiva económica (...) el empresario ha venido identificándose con las personas o grupos de personas que son dirigentes de la empresa, conviene advertir que desde una perspectiva jurídica el empresario es la persona física o jurídica (...) titular de esa empresa, precisamente porque es persona (natural o jurídica) es titular del patrimonio con el que puede responder del cumplimiento de las deudas surgidas en ejercicio de la actividad empresarial. En defensa de los terceros y en definitiva de la seguridad jurídica, se imputa las consecuencias de los actos que surgen en el ejercicio de la actividad empresarial al empresario y no a la empresa, que (...), no es sujeto de Derecho”.

³⁴ POSNER, R. A., op. cit. (*Análisis económico del Derecho*), p. 656.

³⁵ SOROS G. op. cit. (*La crisis del capitalismo global*), pp. 160-161.

³⁶ SOROS G. op. cit. (*La crisis del capitalismo global*), p. 150.

³⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “*Derecho de los Negocios Internacionales*”, Cuarta edición, Iuste. Portal Derecho, S. A., Madrid 2013, p. 236, donde añaden: “Hay sistemas en los que no existe normativa. Alguna sobre la operación o en la que ésta es mínima, como sucedía en España con anterioridad a la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades, ya que la única referencia a la cuestión se encontraba en el art. 9.11.2º Cc donde escuetamente se señalaba: “en la fusión de sociedades de distintas nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales”.

³⁸ PRIETO PÉREZ, E., op cit. (*La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*), p. 8, que indica, en pp. 12-13, que en esta nueva era la mejora individual y el desarrollo y social se asocian, en particular, al “beneficio”, y éste “ya no es necesariamente una consecuencia de una mejor y mayor producción de bienes y servicios, no requiriendo del espíritu de empresa. En la concepción financiera del beneficio, éste aparece como el resultado de decisiones financieras (de Inversiones y Financiación) operaciones financieras y especulativas”.

³⁹ Sobre “norma jurídica” y “proposiciones normativas”, MENDONCA, D. (ed.), “Compendio de una teoría analítica del derecho. Alchourrón y Bulygin en su textos”, Marcial Pons, Madrid 2011, pp. 41-47.

⁴⁰ “Las reglas definen respuestas obligadas de los agentes ante situaciones dadas, señalando qué se debe (o no se debe). La exigibilidad de las reglas (enforcement) deriva de las sanciones asociadas a su incumplimiento que impone bien una autoridad externa, bien la acción cooperativa de los propios agentes implicados. Las reglas decantan un conocimiento socialmente compartido, proveen información acerca de las conductas esperadas de los agentes, facilitando la coordinación entre ellos, y sistematizan los comportamientos que una sociedad considera como aceptables. El ejemplo más ilustrativo de este componente institucional lo proporcionan las

leyes vigentes en una sociedad, que obligan un comportamiento reconocible y anticipado por parte de los agentes sociales”, precisan ALONSO, J. A., y GARCIMARTÍN, C., “*Acción colectiva y desarrollo. El papel de las instituciones*”, Editorial Complutense, Madrid 2008, pp. 60-61, y, con anterioridad, en p. 60. tras aludir a los conceptos sobre las instituciones de Nort, Ostrom, Nelson, Lal, Aoki, Parson Elster Huewicz, Williamson, Young, Bowles y Greif, optan por el concepto integrador definiendo a las instituciones como un “sistema de diversos factores sociales, reglas, normas, creencias, valores y organizaciones, que conjuntamente motivan una regularidad en el comportamiento individual y social”, analizando, de seguido cada uno de esos elementos; El “institucionalismo histórico” considera que la institución son “normas”, STEINMO, S., “*Institucionalismo histórico*”, en “*Enfoques metodológicos de la ciencias sociales*” (Della Porta, D. y Keating, M., Eds), Ediciones AKal S. A., p. 137; Otro concepto de institución se encuentra en RAWLS, J., op. cit (*Teoría de la Justicia*), p. 76, que concluye, en p. 77, que “una institución y por tanto la estructura básica de la sociedad, es un sistema de normas”.

⁴¹ Las instituciones jurídicas son componentes necesarios de una “sociedad bien ordenada”, y “la descripción de una sociedad bien ordenada contiene una serie de abstracciones que la sitúan bastante lejos de cualquiera de las sociedades que nosotros conocemos (...). La sociedad bien ordenada es una sociedad ideal, las nuestras no”, afirma QUERALT LANGE, I., op.cit. (*Igualdad, suerte y justicia*), p. 51; RAWLS, J., op. cit (*Teoría de la Justicia*), p. 22 y 24, indica que una sociedad humana está bien ordenada cuando ocurre que: “1) cada cual acepta y sabe que los otros aceptan los mismos principios de justicia, y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen” , y “tomadas en conjunto, como esquema, las instituciones más importantes definen los derechos y deberes del hombre e influyen sobre sus perspectivas de vida, sobre lo que pueden esperar hacer y sobre lo que hagan”, y son constitutivas de la “estructura básica”, en cuyo seno hay desigualdades profundas”; LARENZ, K., “*Metodología de la ciencia del Derecho*”, Editorial Ariel, Barcelona 2001, p. 464, considera que las instituciones jurídicas son regulaciones resultantes de las normas, cercanas a lo que denomina tipos jurídico-estructurales (regulaciones parciales en sí conexas), de la que trata en pp. 460-465, aduciendo, en p. 467, que la técnica jurídica “siempre se ha de mantenerse la vista por encima de las fórmulas positivas hacia la idea, el núcleo de sentido de las instituciones jurídicas, que en ellas y por medio de ellas se mantiene”,

⁴² RUBIO LLORENTE, F., “*La libertad de empresa en la Constitución*”, en Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. I, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1996, p. 445, que añade, “no que todas las empresas tengan el mismo grado de libertad, pero sí que ésta sea igual para todas las que se dedican al mismo género de actividad, de manera que todas ellas sean jurídicamente iguales en el mercado. Sin esta igualdad no sería ya el mercado, sino el poder, el que determinaría la suerte de las empresas”.

⁴³ ARAGÓN, M., “*Constitución económica y libertad de empresa*”, en Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. I, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1996, p. 178.

⁴⁴ GARCÍA TREVIJANO, C., “*El arte de la Lógica*”, Tecnos, Madrid 2008, pp. 144-145.

⁴⁵ FIGA FAURA, L., “*Norma, norma jurídica, norma jurídica mercantil*”, en Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. I, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1996, p. 385.

⁴⁶ En la perspectiva de la evolución biológica y antropológica del ser humano, que condiciona decisivamente cualquier cambio cultural, debe destacarse que nuestro cerebro evolucionó en entornos sociales limitados, contraponiéndose ahora lo cercano (lo propio, o el entorno social limitado) y lo global (lo ajeno, o lo universal), no habiendo los mecanismos evolutivos del ser humano efectuado ese “salto” de considerar lo particular o cercano, que es lo propio, a considerar lo universal, que trata con indiferencia, como ajeno. La sociedad universal “bien ordenada” choca con esos condicionantes evolutivos, y por eso no alcanza un “buen orden”.

⁴⁷ RODRIK, D., “*La paradoja de la globalización. Democracia y futuro de la economía mundial*” Editorial Antoni Bosch editor, S. A., Barcelona 2011, p. 221.

⁴⁸ “En el reinado de los Reyes Católicos se asiste al triunfo de dos grandes principios: la tendencia a la estatalización del Derecho ya la absorción de la facultad legislativa por el poder soberano. La, ley (...), se convertirá en obra de la razón, acto debido a la voluntad del legislador y destinado al bien público de los súbditos, a quienes obliga que nace como precepto justo y estable, con vocación de utilidad para el mejor funcionamiento de la sociedad y, finalmente, suficientemente promulgado para segura la eficacia del legislador (...). El proceso de absorción de la función legislativa alcanzó un desarrollo” paralelo al de la concepción del poder absoluto de los reyes, llegando a identificarse la soberanía con la apropiación de la tarea legislativa”, indica VILLAPALOS SALAS, G., “*Justicia y Monarquía. Puntos de vista sobre su evolución en el Reinado de los Reyes Católicos*”, discurso leído el día 16 de junio de 1997 en su recepción pública como Académico de Número,

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1997, pp. 43 y 45; Desde finales del siglo XV con la difusión del pensamiento de Maquiavelo se generalizó el uso del término “Estado”, que “es un concepto histórico concreto con el que se alude a una realidad determinada que consistía en una peculiar forma de organización política que englobaba un conjunto de instituciones y desde la que se ejerció el poder político en función de una determinada idea de soberanía (...). En este sentido, la Monarquía Católica española era un “estado” que englobaba a su vez diversos “Estados”. Aquí radica la peculiaridad del Estado que instauraron los Reyes Católicos”, afirma SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., “*Historia del Derecho Español*”, Cálamo, Producciones Editoriales, S. L. U., Barcelona 2007, pp. 256 y 257; “El Derecho positivo es la voluntad del Estado” y “el Estado es esa instancia de poder que impone e inexorablemente unas normas. Así ocurre que al pensar en el Estado tenemos que referirnos al Derecho; y cuando pensamos en el Derecho positivo hemos de referirnos necesariamente al Estado, pues aquél sin éste no sería propiamente Derecho positivo” dice RECASENS SICHES, L., “*Tratado General de Filosofía del Derecho*” Editorial Porrúa, S. A., México 1978, pp. 282 y 365; “Con Maquiavelo nos situamos en el umbral del mundo moderno: el estado ha conquistado su plena autonomía”, indica FUETESECA DÍAZ, P., “*La formación greco-romana del actual concepto europeo de estado*”, Discurso leído el día 21 de junio de 2004 en el acto de su recepción como Académico de Número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2004, p. 111.

⁴⁹ HELLER, H., “*Democracia, política y homogeneidad social*” en Escritos Políticos, Alianza Universidad, Madrid 1985, pp. 258-269.

⁵⁰ KELSEN, H., “*Teoría pura del Derecho*”, Editorial Porrúa (décima edición), México, 1998, pp. 201-227.

⁵¹ Sobre el gobierno mundial y la sustitución de los políticos y diplomáticos por el gobierno de los expertos, COLOMER, J. M., “*El gobierno mundial de los expertos*”, Editorial Anagrama, S. A., Barcelona 2015, pp. 19-21 y 183-204, respectivamente.

⁵² FONDEVILA, M., “*La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea*”, Editorial Reus, S.A., Madrid 2014, precisa en p. 150 que “no se podrá alcanzar un concepto de soberanía sino se tiene en cuenta su triple naturaleza filosófica, política y jurídica”, en p. 163, que “la soberanía puede definirse, en abstracto, como un “poder absoluto, indivisible e ilimitado” tanto en la formas como en el contenido de su voluntad, que es ejercido por un sujeto legítimo, con el fin de organizar los aspectos fundamentales del gobierno de una Comunidad Política”, en p. 183, que “Pueblo, estado y Nación forman un unión inseparable y por ello resulta inconcebible un Pueblo en el ámbito internacional”, en p. 194, que “la globalización supone un reducción de los espacios políticos. Y ello al menos por dos motivaciones: porque la globalización supone, en mayor o menos medida, una centralización en la toma de decisiones; y porque, mucho más importante porque, se intenta (...) sustituir por la lógica económica”, en p. 197, que “por reducir los espacios políticos, al trasladar al toma de decisiones a ámbitos transnacionales independientes de los gobiernos nacionales elegidos democráticamente la globalización puede ser presentada como un desafío para la democracia”, y en p. 172, que “quizá los pueblos de Europa se encuentren en algún futuro más o menos cercan en la disyuntiva de tener que afirmar la soberanía o someterse por completo a los poderes económicos”.

⁵³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D. F., “*La armonización del derecho societario europeo en el siglo XXI: un análisis sistemático desde la integración uniforme de las fuentes comunitarias*”, RdS núm. 30, 2008-1, pp.274-275, hace referencia a la importancia del soft law en el Derecho societario europeo del siglo XXI

⁵⁴ Sobre sistema normativo MENDONCA, D. (ed.), op. cit. (Compendio de una teoría analítica del derecho. Alchourrón y Bulygin en su textos), pp. 51-56 y 89-92.

⁵⁵ Acerca del soft law afirma PÉREZ LUÑO, A. E., “*La deconstrucción de la ley en el constitucionalismo global*”, en Paradigmas y desafíos de constitucionalismo democrático”, (Garrido Gómez, M^a. I, y Espinoza de los Monteros, editores), Editorial Comares, S. A., Granada 2014, pp. 117-118, lo siguiente: “Ese Derecho, que ha alcanzado una enorme difusión en el ámbito de las relaciones y acuerdos internacionales, implica una triple alternativa respecto al concepto tradicional de la ley: a) frente al carácter estatal de la ley, las normas blandas surgen preferentemente de instancias no estatales, emanan de agencias carentes de competencias legislativas en el plano nacional o internacional; b) frente a la exigencia de seguridad jurídica de que la ley se formule en términos claros y precisos, el Derecho blando suele expresarse en términos vagos y ambiguos; c) frente a la dimensión coactiva y a la exigencia de cumplimiento inexorable, elementos constitutivos de la ley, las normas blandas no son vinculantes y hacen depender su cumplimiento de la adhesión voluntaria y otros medios de aplicación que no son jurídico-coactivos”.

⁵⁶ Por ello parece más que cuestionable la posición expresada por nuestra justicia constitucional, en la sentencia STC, Sala Segunda, 164/2001, de 17 de septiembre de 2002, según la cual “es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro”. Siendo el texto completo del párrafo el siguiente: “La validez de un

razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable”; En ese sentido limitado de la aplicación de la lógica al Derecho, realmente como mecanismo interpretativo de las normas jurídicas, se pronuncia RECASENS SICHES, L., op. cit. (*Tratado General de Filosofía del Derecho*), p. 663.

⁵⁷ Acerca del “positivismo jurídico”, MENDONCA, D. (ed.), op. cit. (*Compendio de una teoría analítica del derecho. Alchourrón y Bulgín en sus textos*), pp. 34-39.

2. LA APLICACIÓN DE METODOLOGÍAS ESTRUCTURALISTAS Y DE TEORÍAS DE LA COMPLEJIDAD A LA INVESTIGACIÓN SOBRE LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

La utilización de una determinada metodología tiene su razón de ser en la propia naturaleza del estudio que se pretende realizar. En este caso, el estudio que se hace se refiere a la consideración jurídica de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y trata sobre normas jurídicas obedientes a la idea general del Derecho como parte de “*la familia de los sistemas normativos*”⁵⁸, que conforma un conjunto unitario de normas jurídicas al que se atribuye el carácter de sistema⁵⁹.

Un sistema de reglas como es el Derecho (o los Derechos) aplicable a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas puede explicarse y comprenderse, muy especialmente, utilizando metodologías estructuralistas⁶⁰ y/o metodologías provenientes de las teorías de la complejidad.

En relación con la utilización de metodologías estructuralistas ha de partirse de que “estructura” y “estructuralismo” no son lo mismo, pero que “*sin el vocablo estructura no habría el estructuralismo que conocemos. La palabra no le es privativa, más no le es indiferente. La palabra –esta palabra– no lo es todo; pero es la clave*”. El estructuralismo sobrepasa la noción de estructura, a la que además absorbe, aun cuando estén en relación recíproca, pues “*define a la estructura al paso que él, es definido por estructura*”⁶¹.

La metodología para el estudio de la complejidad y de los sistemas complejos bascula entre el pensamiento complejo y las ciencias de la complejidad. La complejidad no es novedosa, pero su perspectiva metodológica sí. Aborda temáticas que están básicamente implicadas tanto en el Derecho como en el caos, la no-linealidad, el no-equilibrio, la incertidumbre, la contradicción, el azar, la indecibilidad, la temporalidad, la emergencia y la auto-organización. No constituye un *mainstream* pero tampoco constituyen un ámbito marginal del conocimiento, sino principal.

Los diferentes ordenamientos jurídicos también constituyen sistemas complejos en cuanto a que están compuestos por muchos elementos (multitud y diversidad de principios, normas y reglas) y muchas relaciones. Pero ese criterio cuantitativo se reconduce por medio del recurso a la “modelización”, tendiéndose puentes entre el pensamiento científico aplicado en las ciencias físicas y el pensamiento jurídico.

Las metodologías estructuralistas y las metodologías de las ciencias de la complejidad y del pensamiento complejo no son antitéticas, sino que deben considerarse en relación de complementariedad. Ilustra suficientemente acerca de esa circunstancia el que los que denominamos “*fractales jurídicos*”, deban enfocarse con ambas perspectivas. Por ello, es pertinente la aplicación de las metodologías estructuralistas y de las metodologías del pensamiento complejo y ciencias de la complejidad en el estudio de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

2.1. La justificación y fundamentación de las metodologías empleadas.

En una tradicional polémica se ha venido discutiendo si el sistema de reglas que compone el Derecho está compuesto por normas positivas producto de la actividad humana o por normas morales⁶² o naturales⁶³. Confrontación que manifiesta una disconformidad radical dependiendo, en relación con el Derecho, el paradigma relativo o qué se estudia, por qué se estudia y cómo se estudia, o si acaso el Derecho es preparadigmático, postparadigmático o multiparadigmático. Para ello es necesario determinar las bases o aspectos ontológicos (existencia de una realidad objetiva), epistemológicos (posibilidad de conocer esa realidad y la formas de ese conocimiento), y metodológicos (instrumentos técnicos utilizables para adquirir ese conocimiento) de lo que sea objeto de estudio, que se puede concretar en una determinada institución jurídica, que al constituir un elemento del conjunto normativo-sistema normativo “Derecho” se le pueden imputar la problemática esencial atribuible a la investigación sobre el Derecho.

En ese orden de consideraciones ha de repararse en que la denominación misma de “Ciencia del Derecho”⁶⁴, que se viene utilizando para instrumentar el conocimiento y construcción del Derecho (y consecuentemente de sus elementos y de las normas jurídicas) da idea de la imitación y seguimiento que se puede hacer del(los) paradigma(s) científico(s). Ello ha llevado a la recepción del positivismo, en la forma de los positivismos jurídicos tradicionales pero también en otras teorías del Derecho estimables, muy especialmente en las denominadas “teorías normativas aplicadas”, que borran toda escisión entre lo normativo y lo empírico⁶⁵.

Se afirma generalmente que el Derecho “*no es producto de la naturaleza, sino que es obra del hombre*”⁶⁶, por ello los ordenamientos jurídicos, transmutados en sistemas jurídicos, divergen en cuanto se refieren a la voluntad de cada Estado apareciendo múltiples y, en la mayoría de las ocasiones, de muy difícil conciliación, “Derechos”. No obstante, debe destacarse que la propia organización de los Estados nacionales en formas políticas o entidades más amplias, *supra* o *ultra* nacionales, productoras de normas, ha de servir como indicio acerca de que la diversificación del Derecho en múltiples sistemas u ordenamientos jurídicos no es consustancial al Derecho.

En todo caso, la institucionalización de los sistemas jurídicos en el positivismo jurídico, limita la legitimación en la creación de normas jurídicas a los Estados nacionales y/o sus fórmulas plurales concurrentes, que no alternativas, de organización supranacional. La parificación entre Derecho⁶⁷-ordenamiento jurídico, propia del positivismo jurídico, acaba atribuyendo al derecho, como cualidad intrínseca, su carácter disperso. No se trata de dilucidar, por irrelevante en cuanto a que no aporta solución alguna a semejante disgregación, si el Derecho se resuelve en esquemas horizontales o en esquemas verticales. Esa diversificación de derechos-sistemas jurídicos-ordenamientos jurídicos, pone de manifiesto un déficit de racionalidad en los mismos, al extremo de poderse cuestionar en

qué medida son producto del pensamiento⁶⁸, *al socaire* de la problemática acerca de la supuesta generalidad universal de la lógica, como evidencia del origen evolutivo de la inteligencia⁶⁹.

Pero hay razones que inducen a la superación de aquella diversidad y déficit de racionalidad, acudiendo a un enfoque metodológico positivista, lo cual no debe confundirse con profesar en las corrientes usuales del positivismo jurídico sea ideológico, metodológico o conceptual⁷⁰, sirviendo como criterio epistemológico la teoría empiriocrítica del Derecho⁷¹, que acude a “probabilidades” y al “cálculo jurídico”⁷². Teoría que aun cuando deba ser considerada específica, participa de metodologías estructuralistas y de las metodologías propias de las teorías de la complejidad⁷³, así cuando alude la superación de las antinomias, conceptos indefinidos y lagunas, que “corrompen” el Derecho, señala dos vías, a saber: “1.^a *Atenerse a las regularidades de conducta que alcance a poner de manifiesto la investigación social*”; o “2.^a *Buscar nuevos métodos de identificación, capaces de inventariar exhaustivamente los actos jurídicos. Ambas cosas son propugnadas como algo esencial por la concepción empiriocrítica del Derecho*”⁷⁴. No se puede confundir el enfoque “positivista” que se postula en la teoría empiriocrítica del Derecho con el positivismo jurídico. Aquella teoría parte de la premisa de que la ciencia del Derecho, como ciencia social y al igual que en las ciencias naturales, el investigador se puede separar del objeto de la investigación, que existe como entidad objetiva al margen del mismo, lo que no se desmiente porque existan normas sistemáticas y regulaciones que gobiernen el objeto de estudio.

La teoría empiriocrítica del Derecho se debe concebir como una aplicación concreta al campo del Derecho de las teorías de la complejidad y de la teoría del caos. Definido el Derecho por esta teoría como “*regularidades de conducta compatibilizada que tienen, por su propia naturaleza, un valor normativo intrínseco*”⁷⁵, no puede éste reconducirse a un conjunto de normas abstractas. No puede resolverse solamente en normas, ha de acudir a la experiencia social⁷⁶, siendo un vehículo de excepcional importancia para su conocimiento los repertorios de jurisprudencia. En esta perspectiva se puede ya hablar con propiedad de ciencia jurídica siendo su objeto “*describir y comprender genéticamente las regularidades de conducta compatibilizada*”⁷⁷.

En ese orden de consideraciones epistemológicas, deducibles de la teoría empiriocrítica del Derecho resulta: (i) En primer lugar, que la noción de sistema normativo jurídico debe ajustarse a la definición tarskiana de sistema deductivo de enunciados⁷⁸. Pero de inmediato surge un problema y es que las normas positivas no son susceptibles de valores de verdad y falsedad⁷⁹, y además en los sistemas u ordenamientos jurídicos no se cumple con el rigor exigible la noción de consecuencia lógica⁸⁰. No obstante, ha de repararse en que podría cumplirse si se elimina el arbitrio (estatal o de cualquier otra entidad o instancia) en la creación de normas jurídicas, lo que supone “desterrar del Derecho todas las “apreciaciones”, es decir todas las formas proposicionales carentes de fundamento predicativo evidenciable y, en consecuencia, insusceptibles de verdad-falsedad”⁸¹. (ii) En segundo lugar, tomando como referente la teoría empiriocrítica del Derecho⁸², es posible recurrir al(los) paradigma(s) científicos(s) y desde ellos construir el sistema jurídico, en su

totalidad y cada una de sus partes. Una de dichas partes sería la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Este recurso a las metodologías del conocimiento científico requiere reiteraciones o regularizaciones normativas, lo cual supone “*la sustancial constancia de líneas estructurales que, por encima de nimias variaciones periféricas*”⁸³, conllevan a “*configuraciones (normativas) uniformes que se reiteran en el tiempo y en el espacio*”⁸⁴, y que se concretan en los denominables “ordenamientos ejemplares”, que ayudan evitar el “*parroquialismo*”⁸⁵ y ahorran el recurso a criterios de frecuencia repetitiva o estadísticos⁸⁶. De esta forma, estos ordenamientos ejemplares se pueden concebir como “*inventos jurídicos capaces de colmar, en optimidad practicable, las necesidades jurídicas*”⁸⁷.

Cualquier estudio del Derecho ha de llevarse a cabo sobre las “normas”, porque el universo jurídico está compuesto de normas, pero las normas se han de tomar como “proyectos” o “modelos”⁸⁸, para cumplir con los requisitos de racionalidad propios del conocimiento científico. Se trata entonces de encontrar “normas ejemplares”, en la medida que cumplan aquel requisito modélico, y sobre ellas, y, en lo preciso, sobre aquellas otras que las complementen o su consideración sea útil, desarrollar el trabajo de investigación. Esta concepción es coherente no sólo con la teoría empiriocrítica del Derecho sino también con la teoría de la “argumentación jurídica” o de la “*institucionalización de la razón jurídica*”⁸⁹, (“*concepción sistemática no-positivista del derecho*”⁹⁰) ponderadamente alejada del positivismo y que pivota sobre la efectividad social y la legitimidad moral del Derecho⁹¹ mediante el recurso a las propiedades de la “coerción” y la “corrección”⁹².

En materia de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se cuenta con dos normas, que cumplen material e incluso semánticamente, con los requisitos de “ejemplaridad” o carácter “proyecto-modelo”, y que constituyen instituciones jurídicas⁹³: son la Model Business Corporation Act⁹⁴ y la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa las fusiones transfronterizas de sociedades de capital, por lo que deben utilizarse, desde una perspectiva científica o de construcción y análisis científico del Derecho, para la investigación sobre el acontecimiento jurídico de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

2.2. La utilización de metodologías estructuralistas.

La idea misma de estructura es dual, pues “*en realidad, la estructura constituye tanto un instrumento metodológico, como una propiedad de la realidad*”⁹⁵. Cuando se alude a estructura en las normas jurídicas no se puede pretender hacer referencia a una realidad física sino a una “realidad jurídica”. Este es el caso de la normativa referente a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital que se considera normativamente en nuestro ordenamiento jurídico, acorde con una constatable tradición doctrinal⁹⁶, como una “modificación estructural” de sociedades mercantiles, entendiéndose por tales modificaciones

estructurales “*aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad*”⁹⁷. Por tanto⁹⁸, dice la ley, se incluye entre ellas a la fusión, y más específicamente la fusión transfronteriza (intracomunitaria)⁹⁹, asimilándose también a la fusión a aquella “*operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones (...) correspondientes a aquélla*”¹⁰⁰, que no se considera una “modificación estructural”, sino una operación “asimilada”¹⁰¹ a la “modificación estructural” que supone la fusión.

La utilización de metodologías estructuralistas para el análisis de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas presupone un elemento invariante, que conforma parte de la estructura, pero que, por su invariancia, solamente requiere ser aludido. Se trata del “mercado”, que se concibe en términos de mercado(s) capitalista(s) moderno(s)¹⁰². Esto es, “*el intercambio y la distribución de bienes y servicios en términos de precios monetarios, determinados por la negociación competitiva entre compradores y vendedores, existen desde hace milenios, pero hasta la llegada del capitalismo ese intercambio mercantil representaba un papel marginal en la coordinación de la actividad económica. Antes bien, las necesidades de subsistencia y otros menesteres se producían y distribuían (...), conforme a normas consuetudinarias tradicionales y/o bajo el control de élites dirigentes en las antiguas economías “dirigidas” (...). El capitalismo moderno es el primer sistema económico de la historia en el que el intercambio mercantil constituye el medio básico de coordinación*”¹⁰³.

2.2.1. El uso del lenguaje estructuralista en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas

La referencia a “estructura” y, consiguientemente a “modificaciones estructurales”, ha dejado de ser inusual en las normas de derecho positivo, tanto en el Derecho público¹⁰⁴ como en el Derecho privado, siendo en éste último el ejemplo más relevante, en nuestro ordenamiento jurídico positivo interno o nacional, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles. Con antelación su utilización ya era frecuente en la dogmática jurídica, incluso abundante, pudiendo observarse un progresivo y sistemático recurso a la misma, en cierta alternancia con el término “reestructuración”, del que incluso puede considerarse una modalidad específica¹⁰⁵. Todo ello pone de manifiesto que el análisis lingüístico tiene un papel básico en los estudios científicos, el cual, si bien no resuelva toda la problemática referente al análisis científico o dogmático,¹⁰⁶ nos conduce, en nuestra investigación, al análisis estructuralista¹⁰⁷.

Puede constarse, no obstante, que el Derecho Europeo, no alude expresamente a las “estructuras” de las sociedades anónimas ni a sus “modificaciones estructurales”. Así, no existen referencias expresas a dichos términos en: (i) la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa las fusiones transfronterizas de sociedades de capital; (ii) la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo

que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones; (iii) la Directiva 2009/133/CE del Consejo de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro; (iv) la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de sociedades anónimas; (v) la Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital¹⁰⁸; (vi) ni en la 2001/86/CE, del Consejo, por la que completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Lo cual empero no impide que puedan considerarse implícitamente aludidas, por lo que en absoluto cuestiona las anteriores afirmaciones. Semejante circunstancia puede igualmente constatar en el Derecho norteamericano. Así ni en la Model Business Corporation Act, como ley modelo aplicable a las business corporations o stock corporations, ni las normas adoptadas en aplicación de la misma aprobadas, y vigentes en distintos Estados de la federación USA¹⁰⁹, como en la Delaware General Corporation Law, pueden advertirse referencias explícitas a “estructuras” o “modificaciones estructurales”.

La relatividad, que no excepcionalidad, de las referencias legislativas a “estructura” y a “modificaciones estructurales”, supone que no hay ausencia de tales alusiones, lo mismo que ocurre con las referencias a “reestructuración” o “reestructuraciones”. En ese sentido debe destacarse que el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), dedica su Título III a la “Estructura de la SE”¹¹⁰, aludiendo en sus considerandos a sus “estructuras de producción”. Lo mismo ocurre en nuestro ordenamiento jurídico nacional o interno de sociedades anónimas, en el que se efectúa una concreta alusión a la “estructura” societaria, patrimonial o personal, en alternancia inclusiva, cuando se trata de sociedades de capital, y a sus modificaciones¹¹¹, que cuidadosamente deslinda de otras vicisitudes societarias, sin duda trascendentes pero que no suponen “modificaciones estructurales” de la sociedad anónima, porque no afectan a su “estructura”¹¹².

2.2.2. Consideraciones estructuralistas fundamentales sobre las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

Las referencias legislativas a “estructura” y a “modificaciones estructurales” suponen un preciso y concreto criterio y modo de acercamiento a la “realidad” de la sociedad anónima y de sus fusiones transfronterizas, que se conciben en términos “estructurales”, dentro de un determinado “sistema”¹¹³ económico (capitalista o de

economía de mercado), lo que justifica la utilización de esta metodología¹¹⁴, al ser aquella referencia (estructura de la sociedad anónima-estructura del mercado) instrumental y a la vez descripción de una “entidad/realidad jurídica”.

Esta apreciación se refuerza cuando se repara en la alusión que normativamente se hace al “modelo subyacente (...) de las sociedades de capital”, que tiene carácter “general”¹¹⁵. Alusiones que apuntan al conocimiento analítico y racional¹¹⁶ y, en buena medida, a un alejamiento del método histórico¹¹⁷, para la explicación del desarrollo, evolución y régimen de las fusiones de sociedades anónimas¹¹⁸.

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas se aviene al tipo contractual de las modificaciones estructurales, cumpliendo con los criterios generales del tipo contractual¹¹⁹, así como con los criterios especiales del tipo fusión¹²⁰. Además, siendo la fusión transfronteriza de sociedades anónimas campo especialmente propicio para la aparición de “problemas de estructura”, habrá de acudir a los elementos definitorios tanto del tipo sociedad anónima como al de la operación de fusión para su resolución¹²¹.

En esa perspectiva ha de convenirse en que la perspectiva estática (sincrónica) se aviene mejor con el estructuralismo que la perspectiva “en movimiento” (diacrónica), si bien ha de repararse en que si bien “*el acontecer histórico no es sistemático (...), en la historia se demarcan los sistemas. Se entienden como sistemas. Más aun, los perfiles de éstos se perciben con mayor nitidez cuando, con el transcurso del tiempo, puede contemplarse como ciclos ya cerrados y concluidos*”¹²². En este sentido, la eventual modificación de los aspectos sustantivos de las regulaciones ejemplares de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, supondría otro marco de relaciones conceptuales o de estructura, que requeriría de un nuevo análisis estructuralista. No es un resultado paradójico que el recurso a normas ejemplares determine una mayor estabilidad del análisis estructuralista, y no solo por el componente político que conlleva la producción de normas jurídicas en todos los ordenamientos jurídicos nacionales actuales, sino por la mayor racionalidad intrínseca del resultado.

La perspectiva sincrónica en la aplicación de metodologías estructuralistas al estudio de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas no se desvanece ni se sustituye por una análisis diacrónico. Efectivamente, se puede adelantar que en la aplicación de la metodología estructuralista al análisis de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, parece existir un momento inicial, un proceso o procedimiento, más o menos breve, y un momento final, que aparenta un resultado, pero semejante apariencia es incierta. No hay una resultado sino una conclusión o momento final, que está vinculado al momento inicial por el procedimiento, pero éste no conlleva ni enmascara ninguna “relación de causalidad”, que tan esencial parece al conocimiento. Quizás probablemente porque “somos” rehenes de la causalidad¹²³, nunca lleguemos a poder comprender cualquier teoría o explicación que se separe radicalmente de la misma¹²⁴. El proceso o procedimiento en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas únicamente se refiere a un cauce, un discurrir, pero no a una relación de causalidad, por ello no se desvirtúa la preeminencia sincrónica del análisis estructuralista.

2.2.2.1. Las semejanzas estructurales determinantes.

El análisis estructuralista de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, ha de enmarcarse en el “universo jurídico sociedad anónima”, fuera de él sería inútil semejante pretensión analítica. Ese universo se fundamenta sobre el principio democrático, que no es ni lineal ni simple. Efectivamente, se alude a “democracia política”, “democracia económica” y “democracia social”. Esto es, la democracia aparece como un elemento estructural, en tanto que “condición general de las sociedades modernas”, el cual “revela una sociedad cuyo ethos exige a sus propios miembros verse y tratarse recíprocamente como iguales”. Pudiendo hacerse referencia también a “democracia jurídica”, que no opera en todo el Derecho, pero sí en el “universo jurídico sociedad anónima”.

2.2.2.1.1. Análisis estructural del “universo jurídico sociedad anónima”.

En una apreciación inicial puede afirmarse que las estructuras básicas o esenciales del “universo jurídico sociedad anónima”, inferibles de las regulaciones jurídico positivas incluyen: (i) la libertad y la igualdad¹²⁵ de sus miembros; (ii) un proceso que lleve a decisiones de gobierno¹²⁶ que posibilite la convivencia de sus miembros. Estas estructuras básicas o fundamentales se pueden considerar los “ejes” del citado universo jurídico y funcionalmente no pueden disociarse de la “limitación la responsabilidad de los socios”, que la sociedad anónima y la globalización del sistema de economía de mercado o capitalista han elevado de categoría a elemento característico, ya no de las formas asociativas¹²⁷ sino del tráfico mercantil en el siglo XXI.

En esa perspectiva puede asumirse que la sociedad anónima es el paradigma de la “organización moderna”¹²⁸, la cual puede constituirse mediante contrato o por acto unilateral¹²⁹, habiendo devenido en “una de las grandes realidades de la vida contemporánea. De ella provienen las grandes proezas de la industria moderna y del Estado, en tareas que superan en mucho las posibilidades tanto físicas como intelectuales del individuo”¹³⁰.

El primero de los ejes estructurales antes indicados, la libertad y la igualdad, implica que la participación de los socios/accionistas en la sociedad anónima se ajusta a las ideas de libertad e igualdad¹³¹, cuya “idea fuerza institucional” es que los socios/accionistas “creen que ninguno de ellos, y ninguna minoría entre ellos, está mejor capacitado o capacitada, tan definitivamente que a esa persona o personas deba permitírseles gobernar sobre todo el resto de la asociación; por el contrario, piensan que todos están igualmente calificados para participar en pie de igualdad en el proceso de gobierno de la asociación”.¹³² Esta circunstancia, implica, a su vez, “a fortiori”, que ninguno de sus miembros o minoría, puede apropiarse o retener las utilidades, rendimientos y beneficios que genere esa asociación.

La obediencia de la sociedad anónima al principio democrático determina la vigencia del principio de igualdad¹³³. De tal manera que la igualdad de los accionistas es consecuencia directa e inmediata de su “*democratización*”¹³⁴, lo que supone admitir una cierta diacronía en la aplicación de la metodología estructuralista, pero que es posible puesto que no altera ninguna de las estructuras más profundas o básicas, por más que suponga matices interpretativos.

El principio de “igualdad de los accionistas”¹³⁵, ha tenido un progresivo acogimiento¹³⁶, al que no ha sido ajena nuestra legislación¹³⁷ y doctrina¹³⁸, acorde con la implantación del paradigma “democrático”. Pero esa “igualdad” de los socios/accionistas, se replantea en el transcurso de la historia contemporánea en una respuesta desigual a la pregunta ¿por qué igualar?¹³⁹. Ese cuestionamiento es consecuente con la circunstancia de que, con periodicidad asombrosa, se pone en cuestión tanto la idea de la libertad política y de la libertad¹⁴⁰, así como la idea misma de la igualdad, que se inicia ya tempranamente¹⁴¹.

En relación con el segundo de los ejes antes citados, “un proceso que lleve a decisiones de gobierno que posibilite la convivencia de sus miembros”, es relevante señalar que existen diferentes posibilidades para realizarlo efectivamente, que básicamente se pueden concretar: (i) mediante un “*proceso jerárquico, en el cual determinados dirigentes serían los que tomaran las decisiones. En el caso ideal, tal vez conformarían un pequeño grupo dotado de extraordinario conocimiento y virtud*”¹⁴²; o (ii) a través de un “proceso democrático”, que en este momento histórico, para la cultura y las sociedades occidentales, no es una alternativa a las demás formas posible de gobierno, sino que es la única forma de gobernanza legítima.

La implantación del criterio democrático en el gobierno de las sociedades anónimas determinó la adopción de un método decisorio basado en la participación de los socios a través del contrato social¹⁴³, mediante el recurso al “*principio de mayoría propia de la época moderna*”¹⁴⁴, mediante el ejercicio de derecho de voto en el “*órgano soberano*”¹⁴⁵ de la sociedad: la Junta General¹⁴⁶. Pero tempranamente su adopción abocó a un resultado paradójico, a una “*una situación equívoca: el legislador quiso poner en manos de la mayoría de los accionistas los destinos de la sociedad, más he aquí que los accionistas, en su mayoría, se desentienden de la marcha de la sociedad, por la sencilla razón de que el pequeño accionista tiene un interés proporcional a su exigua participación en el capital y no hace uso de un derecho de voto al que le falta la base de toda creación jurídica, esto es, el estímulo económico*”¹⁴⁷.

Aquel fenómeno se ha visto confirmado y agrandado conforme las economías han ido creciendo, desarrollándose y “globalizándose”, conforme las grandes corporaciones han conseguido reunir accionistas por millones y conforme los mercados de valores han asumido las dimensiones y el protagonismo propio de la “era de las finanzas”¹⁴⁸. De tal manera que, en general, los accionistas han devenido “anónimos e impotentes”¹⁴⁹, especialmente si la sociedad anónima “cotiza sus acciones en bolsa”¹⁵⁰.

Esto es, “*los mitos de la autoridad del inversionista y del accionista activo, de las reuniones rituales del consejo de administración y la junta general de accionistas anual se mantienen, pero ningún*

*observador de la corporación moderna que esté en sus cabales puede pretender ignorar la realidad: el poder corporativo reside en la dirección, una burocracia que controla sus tareas y decide sus retribuciones*¹⁵¹. Se dice entonces que los accionistas “han perdido la *affectio societatis*”¹⁵² y se alude a la existencia de un “*fraude claro y no del todo inofensivo*”¹⁵³, consistente en “*el esfuerzo por otorgar a los propietarios, los accionistas o inversionistas según se prefiera denominarlos, un papel aparente en la empresa*”¹⁵⁴, de tal manera que “*habiendo dado paso el capitalismo a la dirección cum burocracia, se concede al propietario una falsa importancia*”¹⁵⁵. Significa todo ello que es pertinente replantearse respecto de la sociedad anónima, ¿“*si habría de irse a la transformación de su carácter democrático*”?¹⁵⁶. La cuestión no tiene respuesta practicable inmediata¹⁵⁷ o es negativa, al no haber un sistema alternativo al que se le pudieran atribuir criterios de eficacia económica comparables y los que han existido han sido mucho menos eficaces acabando por desaparecer, y además habría que sustituirse el sistema de libertad de empresa y de libre mercado.

2.2.2.1.2. Aplicación de la metodología estructuralista a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas en el universo jurídico sociedad anónima.

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas se vincula a la fusión como institución jurídica, dependencia que mantiene una acusada uniformidad. La fusión constituye la combinación de negocios por excelencia, en una perspectiva financiera que atiende al principio de primar la esencia sobre la forma, participando de una fenomenología más amplia. En todo caso en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas se requiere:

- (i) la transmisión de la totalidad de los activos y pasivos (“*la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida se transferirá a la sociedad absorbente/nueva sociedad*”¹⁵⁸; “*all property owned by, and every contract right possessed by, each corporation or eligible entity that merges into the survivor is vested in the survivor without reversion or impairment; all liabilities of each corporation or eligible entity that is merged into the survivor are vested in the survivor*”¹⁵⁹);
- (ii) un proyecto o plan aprobado por los socios (“*Los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen concebirán un proyecto común de fusión transfronteriza (...) la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen se pronunciará sobre el proyecto común de fusión transfronteriza*”¹⁶⁰; “*a plan of merger or share exchange must be adopted by the board. Thereafter, the board must submit the plan to the shareholders for their approval*”¹⁶¹);
- (iii) la extinción de sociedades anónimas y supervivencia de una creación de una nueva entidad (“*una o varias sociedades transfieren a otra sociedad ya existente - sociedad absorbente/a una sociedad constituida por ellas -la nueva sociedad/ a la sociedad que posee la totalidad de los títulos o participaciones*”¹⁶² y “*la sociedad absorbida dejará de existir (...) las sociedades que se fusionan dejarán de existir*”¹⁶³; “*the corporation or eligible entity that is designated in the plan of merger as the survivor*”¹⁶⁴);

continues or comes into existence, as the case may be; the separate existence of every corporation or eligible entity that is merged into the survivor ceases”¹⁶⁴ / “in the case of a merger the survivor and the parties that merge into the survivor become one”¹⁶⁵).

Las características citadas anteriormente mantienen correspondencia con un concepto general de fusión (*“reunión de los patrimonios íntegros de varias sociedades en una de ellas con extinción, sin liquidación, de las restantes (“fusión por absorción”) o con extinción, sin liquidación, de todas, surgiendo una nueva que los recoge (“fusión con creación de nueva sociedad”). Pasando, normalmente, a ser socios de la sociedad sucesora los que lo fueran de las extinguidas”¹⁶⁶*). Se da, por tanto, una coincidencia fenoménica substancial de la fusión institución general y de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, de tal manera que su estructura básica no se altera.

En este análisis estructuralista, se introduce la noción de estructura básica, no para sugerir la existencia de una o varias superestructuras, en una “ordenación por fusión” y “piramidal” sin fin, resultante de la aplicación de la metodología estructuralista, sino porque es difícil mantenerse en parámetros metodológicos estructuralistas sin adecuarlos a la realidad normativa de los derechos positivos.

Semejante adecuación metodológica, sin embargo, no comporta alejamiento de la metodología estructuralista en cuanto se alude a relaciones de autosemejanza o autosimilitud, y de cuasiautosemejanza o cuasiautosimilitud, que permite la operatividad con sistemas normativos jurídico positivos.

2.3. La aplicación de las teorías de la complejidad.

La fusión, en sí misma, se ha dicho *“presenta una gran complejidad”¹⁶⁷*, en el sentido de que constituye un fenómeno jurídico “complicado”, pero hay que diferenciar el significado de ambos términos. La complicación constituye una mera alteración, básicamente cuantitativa, en cuanto a la presencia de variables y posibles interacciones entre éstas. La complejidad refiere nuevas perspectivas lógico-cualitativas. Por ello se puede hablar de sistemas complicados o complejidad desorganizada, y sistemas complejos o complejidad organizada.

Ha de diferenciarse entre el pensamiento complejo (complejidad general) y las ciencias de la complejidad (complejidad restringida). El carácter epistemológico del primero y meramente técnico de las segundas, determina la oportunidad de considerar la aplicación del pensamiento complejo a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. La dificultad más relevante es que no existe una teoría unificada de la complejidad. Lo que no impide poder afirmar que su metodología general supone alejarse de los métodos clásicos o tradicionales con una nueva estrategia de desarrollo del proceso cognoscitivo, abierto a la interrelación de conocimiento científico-conocimiento filosófico.

Uno de los elementos característicos del pensamiento complejo es la repetición o iteración de elementos de modo que el fenómeno no es un mero resultado en un discurso lineal sino que en el todo se da la presencia de cada uno de los diferentes elementos componentes y, a su vez, en éstos se da la presencia del todo y si éstos no interactúan no podría aludirse a la institución. Esto es, tendría que darse la presencia de elementos (jurídicos y no jurídicos) que, reconducidos a sus manifestaciones más elementales, interactuasen en un determinado sentido estando todos ellos presentes en el todo y el todo presente en todos ellos, para que pudiera existir una fusión transfronteriza de sociedades anónimas. Ha de repararse en que *“la empresa, organismo viviente, se auto-organiza, y organiza su auto-producción, al mismo tiempo realiza la auto-eco-organización y la auto-eco-producción (...). La empresa está ubicada en un ambiente exterior que se encuentra él mismo, integrado en un sistema eco-organizado o eco-sistema (...). El principio de la auto-organización tiene valor hologramático (...). La visión simplificada implicaría decir: la parte está en el todo. La visión compleja dice: no solamente la parte está en el todo: ¡el todo está en el interior de cada parte que está en el interior del todo!”*¹⁶⁸.

La aplicación de la metodología propia de la teoría del “Caos”, que no es más que la *“imprevisibilidad en sistemas complejos”*¹⁶⁹, no parece pertinente para analizar la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, en cuanto que el principio de seguridad jurídica y, por tanto, la previsibilidad, está en el fundamento de las normas jurídicas que la regulan. No obstante, si tomamos en consideración, por una parte, la multiplicidad de ordenamientos jurídicos que confluyen en la regulación de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, y, por otra parte, la emergencia de fenómenos jurídicos como las “fusiones de hecho”, fenómenos atípicos de concentración empresarial, operaciones asimiladas a las fusiones, etc., resultará que dicha previsibilidad y principio de seguridad jurídica estarían razonablemente limitados.

El *“desorden ordenado”*¹⁷⁰, característico del “Caos”, en que se desenvuelve la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, considerada como un fenómeno jurídico “único”, de nivel universal o global, tiene un punto de referencia común que podemos denominar “atractor extraño”¹⁷¹, en cuanto que no actúa como un “atractor simple”, por su carácter dinámico inherente a los cambios regulatorios normativos (legislativos, jurisprudenciales o históricos), que es la “simetría”, presente en todas las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, y que determina que sus elementos fundamentales o notas características aparezcan casi siempre en la misma posición relativa. Del análisis que se desarrolla en el presente trabajo resulta que cuando esa simetría la reconducimos a su valor más característico, numéricamente representado por el “cero” (0), nos encontramos con la “identidad”¹⁷², de tal manera que, descrita en sus elementos sustantivos fundamentales, la fusión transfronteriza de sociedades anónimas será idéntica en todos los sistemas jurídicos posibles.

2.4. ¿Constituye un “fractal jurídico” la fusión transfronteriza de sociedades anónimas?

La semejanza entre las construcciones jurídicas y las entidades físicas ha sido reiteradamente expuesta, al extremo de haber posibilitado la aplicación del positivismo científico en las investigaciones sobre el Derecho. Efectivamente, “*Savigny ya había advertido que las nociones jurídicas eran para los juristas seres reales y su concepción del derecho como organismo vivo implicaba ideas semejantes*”¹⁷³. El conjunto de normas en que se manifiesta el Derecho tiene una determinada caracterización estructural, que puede incluso serle proporcionada con ocasión de la elaboración de las normas jurídicas¹⁷⁴. Pero, en general, esa elaboración ha sido doctrinal, habiendo desembocado en “teorías generales del Derecho”, cuya manifestación más cumplida es la Teoría Pura del Derecho de Kelsen.

Se alude a la existencia de una “estructura jurídica”, de la que se consideran elementos clave las instituciones y los sistemas jurídicos. En relación con la primera se precisa que “*no son simplemente una reunión de disposiciones aisladas relativas a esta o aquella relación. Son verdaderas individualidades lógicas, seres, cuerpos jurídicos, provistos de una vida y que, como tales, nacen, mueren, actúan y luchan. Toda la materia jurídica se transforma en cuerpos jurídicos; se moldea y compone, como por la acción del calor se pasa del estado sólido al fluido condensable. De ahí que pueda hablarse con precisión de una metodología semejante a la aplicada al estudio de la naturaleza. La actividad del jurista es, pues, eminentemente un operar con cuerpos jurídicos. No hay cuerpo que no pueda resolverse en otro u otros cuerpos. Lo que interesa para la concepción y definición de éstos es su “estructura”, sus elementos anatómicos. Así se determinan su existencia (...). Estos elementos son: el sujeto, el objeto, el contenido, el efecto y la acción*”¹⁷⁵.

Pero, al mismo tiempo, se desarrollan relaciones en el seno de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas que las conforman como una “complejidad organizada”. Esto es, existe algo que hace que los diferentes elementos que integran las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas (las propias normas jurídicas que las abordan) resistan a la dispersión. De esta forma, existe una organización relacional, resultando tal “complejidad” normativa “organizada”, una “totalidad organizada”, en la que se puede distinguir lo organizado (la fusión transfronteriza de sociedades anónimas) y la actividad organizadora conducente a ese resultado, que se formaliza en un proceso o procedimiento.

Esa complejidad encaja bien con el comparatismo y puede considerarse tanto desde las metodologías estructuralistas como desde las metodologías desde las teorías de la complejidad.

Las afirmaciones anteriores sugieren las siguientes preguntas: ¿Puede considerarse la posibilidad de que existan “fractales jurídicos”?; ¿Constituye un fractal jurídico la fusión transfronteriza de sociedades anónimas? Con la introducción de ese concepto, “fractal jurídico”, se evoca la ruptura (frangere), específicamente en su “dimensión jurídica”.

Puesto que “*un fractal es una clase especial de invariancia o simetría que relaciona un todo con sus partes: el todo puede descomponerse en partes que evocan el todo*”¹⁷⁶, las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas pueden ser consideradas como fractales puesto que cumplen los dos criterios para que puedan ostentar tal consideración: (i) el de la invariancia o simetría (la no variación de la estructura sociedad anónima como consecuencia de la fusión transfronteriza); y (ii) el de la evocación del todo (la fusión de sociedades anónimas o incluso la propia sociedad anónima).

En relación con el primero de los elementos o condiciones, se puede apreciar ya que se puede concebir a la institución jurídica “sociedad anónima” como un conjunto normativo autosemejante, en cuanto que puede ser descompuesto en partes, mediante modificaciones estructurales, cada una de las cuales es semejante al conjunto total. Es decir, el conjunto sociedad anónima puede obtenerse mediante la suma de aquellos fractales que constituirían las modificaciones estructurales¹⁷⁷. Así, si se sumasen todas las posibles modificaciones estructurales de una sociedad anónima, el resultado sería o podría ser una sociedad anónima. En igual sentido, en particular respecto fusión transfronteriza de sociedades anónimas, el resultado de dicha modificación estructural (fractal jurídico) es o puede ser una sociedad anónima (conjunto).

En relación con el segundo de los elementos o condiciones, también se puede apreciar, ya que no se dan solapamientos (intersecciones), o su existencia es despreciable en relación a los elementos (normativos) que componen los conjuntos/subconjuntos que constituyen las modificaciones estructurales de la sociedad anónima.¹⁷⁸

Aun cuando las instituciones jurídicas carecen de la visualización asociada a las figuras geométricas de naturaleza bidimensional, no siendo comparables a la geometría fractal¹⁷⁹, no por ello dejan de poderse descubrir “fractales” en los sistemas jurídicos¹⁸⁰. Es cierto que los “fractales” no existen en el Derecho al igual que no existen en el mundo real¹⁸¹, pero constituyen un instrumento útil para la comprensión y explicación de los fenómenos jurídicos¹⁸².

Teniendo en cuenta que la relación de semejanza es de identidad de estructura en los elementos normativos esenciales, variando los elementos normativos no esenciales, los fractales jurídicos aparentan constituir conjuntos/subconjuntos normativos de mayor tamaño que el conjunto autosemejante, sociedad anónima, cuando, en realidad es todo lo contrario, dado que sus elementos particulares los reducen¹⁸³.

Mediante la referencia a un fractal jurídico aludimos a una dimensión fraccionada o fractal, de una entidad jurídica la sociedad anónima, que no es arbitraria en cuanto supone una determinada organización, dentro de un sistema normativo más amplio.

La aparente “escabrosidad”, de los fractales jurídicos a los que nos venimos refiriendo, puede eliminarse por la vía de la simplificación con reconducción a sus elementos lógico-jurídicos o componentes esenciales. Podemos encontrar el patrón

repetitivo jurídico, sociedad anónima, y una vez analizado, en los términos esenciales antes indicados, cuantificarlo en sus modificaciones estructurales como una fusión transfronteriza de sociedades anónimas. Tomando en consideración que una entidad jurídica que “*mantiene su estructura al cambiársele indefinidamente de escala de observación recibe el nombre de fractal*”¹⁸⁴, podemos afirmar que la fusión transfronteriza de sociedades anónimas constituye un fractal jurídico.

En esta construcción las modificaciones estructurales de la sociedad anónima se comportarían como multifractales, en la idea de la autosemejanza de las mismas, señaladamente de las operaciones de fusión. Puede cuestionarse, pero no por ello ha de rechazarse, recurrir a la semiautosemejanza para incluir también la transformación en el conjunto de multifractales.

El elemento, propiedad o circunstancia clave en los fractales es la “autosemejanza” y, a tales efectos, debe ser verificada su existencia en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas respecto del elemento sociedad anónima. Se trata, en definitiva, de saber si un subconjunto normativo, la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, tiene autosemejanza, con el conjunto o entidad jurídica-normativa, la sociedad anónima, al que pertenece. La circunstancia de que en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas aparezcan, al menos, más de una sociedad anónima, actuando la estructura corporativa de cada una de ellas, no hace el fractal “más grande”, valga la expresión en términos cuantitativos, que la institución sociedad anónima¹⁸⁵.

Si tenemos en cuenta que un fractal puede tener autosemejanza o autosimilitud exacta, de tal manera que resulte idéntico a cualquier escala, pero que también puede tener cuasiautosemejanza o cuasiautosimilitud, resultando que con el cambio de escala, las copias del conjunto normativo original o principal son muy semejantes, pero no idénticas, y entendiéramos que la fusión transfronteriza de sociedades anónimas no cumple con el criterio de autosemejanza, no podría negarse que cumpliría con el semiautosemejanza o semi autosimilitud.

En consecuencia, la respuesta al interrogante ¿constituye la fusión transfronteriza de sociedades anónimas un fractal jurídico?, también ha de ser positivo, en la medida en que eliminemos la interferencia del lenguaje, y recurramos a un concepto general de sociedad anónima, inferido de las normas ejemplares y a la *ratio efendi* de las mismas. Efectivamente, si se parte de la existencia de un concepto general de sociedad anónima, que se infiere sin dificultad alguna de los elementos definitorios que, generalmente se atribuyen las sociedades anónimas, y a los que antes hemos aludido, y de los correspondientes a concepto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, y sus notas características, de los que más adelante trataremos, se llega a la misma conclusión, pudiéndose afirmar que la fusión transfronteriza de sociedades anónimas constituye un “fractal” de la sociedad anónima.

⁵⁸ SANTIAGO NINO, C., “*Introducción al análisis del Derecho*”, Editorial Ariel S. A., Barcelona 2001, p. 102.

⁵⁹ MENDONCA, D. (ed.), op. cit. (*Compendio de una teoría analítica del derecho. Alchourrón y Bulgin en sus textos*), p. 49.

⁶⁰ HERNÁNDEZ GIL, A., “*Metodología de la Ciencia del Derecho*”, v. II, Madrid 1971, pp. 302-303, muestra su sorpresa en relación con la obra de LÉVI-STRAUSS con las siguientes palabras: “El pensamiento de LÉVI-STRAUSS suscita, sobre todo al jurista, algunas perplejidades. ¿por qué el sistema de parentesco ha de quedar absorbido por la antropología social y el sistema correspondiente al intercambio de bienes y servicios absorbido por la economía? La ciencia jurídica tiene mucho que decir respecto de uno y otro sistema. Los más amplios sectores del derecho privado lo forman la familia (comprendiendo el parentesco), los bienes y los servicios. ¿Es postergada la ciencia jurídica por LÉVI-STRAUSS? ¿Es olvidada? ¿Reflexivamente? El único hecho indiscutible el de la no mención. La motivación, la desconocemos. Todo lo más que puede obtenerse del silencio es que la ciencia de la comunicación vaticinada no se extiende al cometido desplegado por el jurista dentro de la ciencia jurídica. Sorprende más el silencio cuando esa nueva ciencia ha de versar precisamente sobre “reglas”, campo de acción característico de la ciencia jurídica en su dimensión tradicional. Las “reglas” nada parecen decir, jurídicamente, a LÉVI-STRAUSS. Se acuerda de las “reglas” no del derecho. Aunque no todas las reglas rectoras del régimen parental (...) y del intercambio de bienes y servicios sean jurídicas ¿no están entre ellas también la normatividad jurídica (...)¿Pero no hay, además, otras reglas -reflejo más o menos acusado de las económicas- jurídicamente ordenadoras, en cuanto establecidas y vinculantes, que han de observarse en el intercambio social que es la comunicación? Las reglas como contenido de la ciencia de la comunicación sólo parecen serle a LÉVI-STRAUSS para eludir la heterogeneidad de las disciplinas -antropología, economía y lingüística- que intenta agrupar”; Efectivamente es sorprendente, al estar el origen el estructuralismo en la lingüística de SAUSSURE, dada la importancia de éste para el Derecho, por todos CAPELLA, J.-R., “*El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico*”, Ediciones Ariel, Barcelona 1968.

⁶¹ HERNÁNDEZ GIL, A., op. cit. (*Metodología de la Ciencia del Derecho, v. II*), pp. 279.

⁶² “La vieja polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico gira alrededor de la relación entre derecho y moral”, afirma SANTIAGO NINO, C., op. cit. (*Introducción al análisis del Derecho*), p. 18.

⁶³ Recogiendo un texto de ALCHOURRÓN Y BULGIN, expone MENDONCA, D. (ed.), op. cit. (*Compendio de una teoría analítica del derecho. Alchourrón y Bulgin en sus textos*), p. 50: “Una distinción importante para el derecho es entre normas positivas y normas no positivas o naturales. Las normas positivas son producto de la actividad humana; según si éste consiste en un acto consciente de creación de una autoridad normativa o en conductas y actitudes convergentes de un grupo social, cabe distinguir entre normas legisladas y normas consuetudinarias. La distinción entre normas positivas y no positivas aparece en el campo del derecho como la antigua polémica entre el positivismo jurídico y la(s) escuela(s) del derecho natural. El positivismo sostiene que todo derecho es derecho positivo, es decir, está compuesto por normas positivas, mientras que el iusnaturalismo se caracteriza por sostener que además del derecho positivo hay derecho natural, compuesto por normas no positivas”.

⁶⁴ SANTIAGO NINO, C., op. cit. (*Introducción al análisis del Derecho*), p. 315-320.

⁶⁵ En este contexto se deben destacar las teorías de la justicia propuesta por RAWLS, J., op. cit. (*Teoría de la Justicia*) y por AMARTYA SEN, “*La idea de la Justicia*”, Taurus-Santillana Ediciones Generales, S. L., Madrid 2010.

⁶⁶ RECASENS SICHES, L., op. cit. (*Tratado General de Filosofía del Derecho*), p. 295

⁶⁷ “El orden jurídico no consta de una suma de normas jurídicas, sino de regulaciones (...). La norma jurídica singular, incluso la norma jurídica completa, es considerada siempre por ella como parte de una regulación más amplia”, afirma LARENZ, K., op. cit. (*Metodología de la ciencia del Derecho*), pp. 258-259, que pone de relieve la equivocidad del concepto en cuanto se puede referir, p. e. j. a “sistema abstracto-conceptual”, como indica en p. 167; Sobre el concepto de sistema SANTIAGO NINO, C., op. cit. (*Introducción al análisis del Derecho*), p. 101.

⁶⁸ Ejemplar es la siguiente observación, de GUDEJ, D., en “*El teorema del loro. Novela para aprender matemáticas*”, Anagrama, Barcelona, 2000, p. 75, que expone en forma de dialogo y que, de seguido, se transcribe:

“Max dibujó una caja.

-Perrette preguntó por qué la Estadística no estaba en la lista.

-Ruche arguyó que era un poco demasiado empírica para ser admitida como una subdivisión de las matemáticas. ¿Rechazada!.

-¿Sabe que se ha olvidado de la LÓ-GI-CA? – inquirió Perette.

-En absoluto- dijo Ruche con plomo-, no la he olvidado. La lógica forma parte de la filosofía. Aristóteles, su fundador, era un filósofo, no un matemático, que yo sepa.

-Si no hay lógica en matemáticas, me pregunto dónde la hay.

-¡En el pensamiento, Perette!

-Y en el razonamiento en particular. Y no hay matemáticas sin razonamiento”.

⁶⁹ “Aunque se necesitaría recurrir a estudios antropológicos para determinar si el razonamiento lógico es universal en nuestra especie, presumo por hipótesis que lo es. La lógica es universal y, por tanto, sus construcciones son consecuencia indirecta de la evolución”, afirma MOYA, A., *“Pensar desde la ciencia”*, Editorial Trotta, S.A., Madrid 2010, p. 28; A GOTTLLOB FREGE (1848-1925) de debe la creación de la lógica moderna; Como indica MOSTERIN J., *“Los Lógicos”*, Espasa, Madrid 2000, pp. 37-38: “La importancia de Frege en la historia del pensamiento se debe en primer lugar al hecho universalmente reconocido de haber sido el fundador de la lógica moderna, que vino a sustituir a la lógica antigua, creada por Aristóteles. Al final de su libro (...), Aristóteles manifestaba su orgullo de haber sido el primero que había estudiado sistemáticamente los razonamientos, habiendo tenido que partir de cero en esa investigación, en la que carecía de precedentes. En efecto, Aristóteles fue el creador de la lógica, en su versión tradicional, y su creación permaneció vigente durante más de dos mil años. Esa hazaña aristotélica sólo es comparable con al de Frege, que en 1879 fundó la lógica moderna o lógica matemática, con la publicación de (...). Esta obra seminal “es asombrosa porque no tiene precedentes: parece haber surgido del cerebro de Frege no fertilizado por influencias externas””.

⁷⁰ Una explicación sobre estas categorías puede verse en SANTIAGO NINO, C., op. cit. (*Introducción al análisis del Derecho*), pp. 32-35 y 37-43.

⁷¹ Propuesta por LOIS ESTÉVEZ, J., *“Nueva versión sobre el Derecho, y otros estudios”*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1977.

⁷² LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho, y otros estudios*), pp. 67 ss., especialmente las hipótesis que establece en pp. 123-124.

⁷³ LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho, y otros estudios*), pp. 52-53, indica que “el Derecho, tal como lo concebimos hoy, no ha existido siempre”, y que “en puridad, explicar el Derecho es explicar por qué y las condiciones de cooperación interhumana estable”, y que “toda cooperación –y más aún la estable- postula e impone ciertos requisitos”, que describe como una estructura y un conjunto de relaciones definidas consistentes en :1º) Mutuo reconocimiento de la capacidad entre partes; 2º) Legitimación recíproca de las situaciones fácticas previas presupuestas para la validez de la convención que va a otorgarse; 3º) Presunción de constancia de la voluntad; 4º) Expectativa de proceder congruentemente con los acuerdos postulados.

⁷⁴ LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho, y otros estudios*), p. 67,

⁷⁵ LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho, y otros estudios*), p. 34.

⁷⁶ LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho, y otros estudios*), según el cual, pp. 34, precisa que “no puede el Derecho ser un conjunto de normas abstractas, porque lo jurídico se da en la experiencia social, entre los hombres, mientras que las normas, como meras significaciones desarraigadas, son pensamiento puro o proyecto inarticulado, que es estéril mientras no se realiza. Además definido el Derecho como agregado normativo la coherencia intrasistemática obliga a limitar escrupulosamente lo jurídico a lo normado. Nada que no fuera norma podría ya hacerse objeto de estudio por los juristas. Pero, entre los caracteres de las normas jurídicas la doctrina dominante mienta la generalidad, con lo que la sentencia, cuyo carácter particular es evidente, quedaría incapacitada para recibir el rango de lo jurídico. ¿Qué sería entonces? ¿Mero hecho? La sola idea repugna. El arma capital del Derecho; el Derecho a secas, como casi podríamos decir en algunos países y épocas, la gran conquista jurídica en la Historia humana puesto que reanudaba la sociedad en trance de fractura ¿habría de recibir el calificativo de mero hecho?

⁷⁷ Afirma LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho, y otros estudios*), p. 26

⁷⁸ A la que recurren ALCHOURRÓN Y BULYGIN, según expone MENDONCA, D. (ed.), op. cit. (*Compendio de una teoría analítica del derecho. Alchourrón y Bulygin en sus textos*), p. 52, y SANTIAGO NINO, C., op. cit. (*Introducción al análisis del Derecho*), p. 102.

⁷⁹ De ahí la creación de la lógica deóntica. No obstante BULYGIN, E. “*Lógica deóntica*”, en Lógica (Alchourron, C., Editor), Editorial Trotta, S. A., Madrid 1995, pp. 140, indica lo siguiente: “Si se acepta que las normas carecen de valores de verdad, no cabe duda que una lógica de normas genuina sólo es posible si se amplía el concepto de lógica de tal manera que la conectivas proposicionales y los conceptos de implicación (consecuencia) lógica y de consistencia puedan ser definidos sin referencia a la noción de verdad”.

⁸⁰ Identidad, idempotencia, monotonía y compacidad.

⁸¹ Según la teoría empiriocrítica del Derecho de LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho, y otros estudios*), pp. 1 ss.

⁸² LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho, y otros estudios*), según el cual, pp. 34-35: “El Derecho no es un complejo de normas –como quieren Kelsen y la teoría tradicional- ni “conducta en interferencia intersubjetiva”- como pretende la concepción egológica- sino que consiste en regularidades de conducta compatibilizada que tienen, por su propia naturaleza, un valor normativo intrínseco. No importa que las regularidades de conducta se logren espontánea o reflexivamente, por autoconciencia social o por imposición política. Si llegan a existir son Derecho (...) La hipótesis de que el Derecho es nuda normatividad conduce, por otra parte, a la inconsecuencia de un Ordenamiento jurídico que surge de la nada en una sociedad que, supuestamente antes de él estaba viviendo sin Derecho. Pues dándose las normas en el tiempo, alguna tiene que haber sido la inauguralmente instaurada, lo que plantea la cuestión, la cuestión, insoluble para el normativismo, de cómo se regía hasta ese instante dicha sociedad. El derecho no puede pues ser resuelto en normas. Pero no por eso es verdadera su postura entitética, preconizada por la teoría egológica”, sobre la composición de un sistema jurídico pp. 60-61

⁸³ Precisa la teoría empiriocrítica del Derecho de LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho*), pp. 58-59

⁸⁴ Según la teoría empiriocrítica del Derecho de LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho*), pp. 58-59.

⁸⁵ Expresión afortunada de AMARTYA SEN, op. cit. (*La idea de la Justicia*), pp. 178-181 y 436-440.

⁸⁶ LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho*), p. 127, indica que “los actos humanos aliorelativos admiten la reconducción a regularidades naturales con sólo forma con ellos índice de frecuencia estadísticas”.

⁸⁷ LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho*), p. 124

⁸⁸ Indica LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho*), p. 27, lo siguiente: “Lejos de construir el Derecho, las normas (en la acepción tradicional de la palabra, como “imperativos” o “imposiciones coercibles del grupo sobre sus miembros”) son propiamente un ingrediente o, si se quiere, un instrumento, históricamente muy posterior al mismo. Siempre lo presuponen y, por consiguiente, no pueden bastar para esclarecerlo, ni, mucho menos para conformarlo. Estudiar las normas es importante, ya que uno se tropieza inevitablemente con normas en el universo jurídico; pero es indispensable para entender de veras el Derecho no tomarse jamás las normas exclusivamente como abstracciones, sino enfocarlas a la par como “proyectos”, “modelos” o “planes” de un designio político intentado; pero incierto; ya que hay que confrontar constantemente con su “ser real” -que es lo que cuenta-, a descubrir siempre en la vida, traducido en “modas” o en “uniformidades estadísticas””.

⁸⁹ Debida a ALEXY, R., en sus obras “*Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, “*Rech, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*”, (*Derecho, razón y discurso*), Fráncfort del Meno, Shrkamp, 1995, “*El concepto y la validez del Derecho*”, Gedisa, Barcelona 2008, y “*Teoría de los derechos fundamentales*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008.

⁹⁰ NAVA TOVAR, A., “*La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*”, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 2015, Anthropos Editorial, Barcelona 2015, p. 21, sobre la relación entre moral derecho según alexy pp. 237-242.

⁹¹ Las normas universales de justificación no son solamente los derechos humanos, por lo que puede efectuarse una ampliación hacia normas que socialmente se consideren ejemplificativas de la aplicación de las ideas de libertad e igualdad, conformando parte del sistema de posiciones fundamentales.

⁹² NAVA TOVAR, A., op. cit. (*La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*), pp. 291-292.

⁹³ Según la definición de ALONSO, J. A., y GARCIMARTÍN, C., op. cit. (*Acción colectiva y desarrollo. El papel de las instituciones*), pp. 60-61, y demás satisfacen el requisito de su “cumplimiento”, porque, como precisan en la misma página aquellos autores, “las leyes se configuran como instituciones en la medida en que efectivamente condicionan la conducta de los individuos. Lo que es lo mismo que decir que una norma que no se cumple - ni se espera que se cumpla- no es en puridad una institución”; A la “efectividad” de las leyes alude también LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho*), p. 34.

⁹⁴ Al “valioso acervo jurídico proporcionado por éste ordenamiento”, se refiere PÉREZ TROYA, A., “*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*”, Editorial Civitas, Madrid 1998, p. 113, donde precisa que “está, lógicamente, en consonancia con el gran desarrollo del movimiento económico de la concentración en EE.UU, donde también, seguramente, ha alcanzado sus cotas más altas”.

⁹⁵ SANTERRE, R., “*El método de análisis en las ciencias humanas*”, en “*Introducción al estructuralismo*”, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1969, p. 39; “El estructuralismo no es el resultado de radicalizar, mediante el “ismo” correspondiente, el concepto de estructura, términos de significado difuso, multívoco, equivalente muchas veces a organización, conjunto, forma, configuración, etc. No se puede ir desde ninguno de estos valores semánticos del término estructura a la definición de estructuralismo. este no brota de la estructura, el recorrido a seguir es el inverso. El estructuralismo ha hecho surgir un concepto de estructura que sólo en él reconoce su paternidad (...). “El estructuralismo es fundamentalmente un método. Como tal ha surgido y en sí no tiene otras aspiraciones. En cuanto método carece estos postulados fundamentales: la anteposición de las relaciones a las cosas en sí y la anteposición del todo a sus elementos”, precisa HERNÁNDEZ GIL, A., “*Introducción al estudio del estructuralismo y el Derecho*”, en *Estructuralismo y Derecho*, Alianza Editorial, S. A., Madrid 1973, pp. 22-23.

⁹⁶ “La fusión por absorción fue la primera operación de ésta naturaleza que contó con una regulación en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, aunque como operación aislada y no como una categoría de operaciones. A esta operación se le fueron sumando otras, como la escisión, momento en que la doctrina comenzó a reclamar la incardinación de estas operaciones dentro de una categoría unitaria denominada modificaciones estructurales”, afirma CONDE TEJÓN, A., “*Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión global de activo y pasivo)*”, RdS nú.35, año 2010-2, Nota 3, p. 66.

⁹⁷ Preámbulo de la ley 3/2009, de 3 de abril, I, apartado tercero. El Título VI de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en 2013, Gobierno de España-Ministerio de Justicia 2013, p. 276, denomina su Título VI, del Libro II, “Modificaciones Estructurales”, y de su Capítulo II, “De la Fusión”.

⁹⁸ Indica el preámbulo de la ley 3/2009, de 3 de abril, I, apartado tercero que las “modificaciones estructurales (...) por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo”.

⁹⁹ Que no confunde con el traslado internacional de domicilio que, según se estima en la propia ley, “no siempre presenta las características que permitan englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales”, por muy relevantes que puedan ser sus consecuencias, como expresamente advierte.

¹⁰⁰ Artículo 53 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles.

¹⁰¹ Operación que desaparece en el Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en 2013, Gobierno de España-Ministerio de Justicia 2013, “seguramente porque no se distinguen bien de la absorción de la sociedad íntegramente participada”, advierte CORTÉS, L. J., “*Las modificaciones estructurales ante la Propuesta de Código mercantil*”, El Notario del Siglo XXI, abril de 2014, <https://twitter.com/elnotariosxxi;www.elnotario.es>, 09/04/2014, p. 3.

¹⁰² INGHAM, G., op. cit. (*Capitalismo*), p. 114, determina como principales mercados de la economía capitalista moderna los siguientes: “a) El mercado de dinero y de dinero-capital; b) El mercado de trabajo; c) Los mercados de producción para: (i) Bienes de producción (medios de producción); (ii) Bienes de consumo; d) Los mercados de activos financieros”.

¹⁰³ INGHAM, G., op. cit. (*Capitalismo*), pp. 113-114.

¹⁰⁴ Establece el artículo 138.5 y 6 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, lo siguiente: “El Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, a propuesta de la Intervención General de la Administración del Estado, regulará el procedimiento de rendición de cuentas anuales en los casos de modificaciones estructurales entre entidades del sector público que supongan la extinción de entidades públicas sin que exista un proceso de liquidación, teniendo en cuenta si dichas modificaciones estructurales

afectan a entidades dentro del mismo sector público administrativo, empresarial o fundacional o no, así como la normativa aplicable a cada sector. Con carácter general, la obligación de rendición de las cuentas anuales de la entidad extinguida corresponderá al presidente o director de la entidad absorbente en la fecha de la citada rendición. Si la entidad absorbente fuera la Administración General del Estado, el cuentadante será el titular del órgano que asuma la gestión de la mayor parte de bienes, derechos y obligaciones de la entidad extinguida en la fecha de la citada rendición. Si los bienes, derechos y obligaciones de la entidad extinguida se integran en varias entidades, el cuentadante será el de la entidad absorbente que reciba la mayor parte de los bienes, derechos y obligaciones de la entidad extinguida, en la fecha de la citada rendición. Si dicha entidad absorbente fuera la Administración General del Estado, el cuentadante será el titular del órgano que asuma la gestión de la mayor parte de los bienes, derechos y obligaciones de la entidad extinguida en la fecha de la citada rendición”, También, en su desarrollo la Orden HAP/801/2014, de 9 de mayo, por la que se regula el procedimiento de rendición de cuentas anuales en los casos de modificaciones estructurales entre entidades del sector público que supongan la extinción de entidades públicas sin que exista un proceso de liquidación conforme al artículo 138.6 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, alude a que su objeto “es la regulación del procedimiento de rendición, cuyas características generales ya están dispuestas en el artículo 138.6 de la Ley General Presupuestaria, de las cuentas anuales o estados financieros en aquellos casos en los que se realice un proceso de modificación estructural en el seno del sector público estatal, que suponga la extinción de Organismos o Entidades públicas sin que a su vez se realice un proceso de liquidación de las mismas” y en su artículo 1.1 a 5 establece lo siguiente: “1. Si la entidad extinguida pertenece al sector público administrativo estatal y sus bienes, derechos y obligaciones se integran totalmente en otra entidad de dicho sector, se rendirán cuentas anuales de la entidad extinguida hasta el momento de su extinción, siempre que se apruebe el presupuesto o se modifique el presupuesto ya existente de la entidad absorbente para incluir las dotaciones correspondientes a la parte del ejercicio posterior a la extinción de la primera. En otro caso se rendirá una cuenta por todo el ejercicio de la entidad extinguida, debiéndose registrar en la contabilidad y el presupuesto de la entidad extinguida las operaciones ejecutadas por la entidad absorbente correspondientes a la extinguida. En este supuesto, las cuentas anuales de la entidad absorbente no incluirán las operaciones relativas a la entidad extinguida; 2. Si la entidad extinguida pertenece al sector público empresarial estatal y sus bienes, derechos y obligaciones se integran totalmente en otra entidad de dicho sector, el régimen de rendición de las cuentas anuales de las entidades extinguida y absorbente se realizará de conformidad con lo que establezca la normativa contable y mercantil que les sea de aplicación para la formulación de las cuentas anuales; 3. Si la entidad extinguida pertenece al sector público fundacional estatal y sus bienes, derechos y obligaciones se integran totalmente en otra entidad de dicho sector, se rendirá una cuenta de la entidad extinguida por el periodo desde el inicio del ejercicio hasta la fecha de extinción, incorporando las cuentas anuales de la absorbente las operaciones correspondientes a la entidad extinguida desde la fecha de extinción hasta la fecha de cierre del ejercicio. La fecha de extinción, y en consecuencia de efectos contables, será la fecha en la cual el Órgano competente acuerde la extinción; 4. Si la entidad extinguida pertenece al sector público administrativo estatal y sus bienes, derechos y obligaciones se integran totalmente en otra entidad del sector público empresarial o fundacional estatal, o viceversa, se rendirá una cuenta de la entidad extinguida por el periodo desde el inicio del ejercicio hasta la fecha de extinción, salvo que la norma de disolución o creación de entidades establezca otro criterio; 5. La obligación de rendición de las cuentas anuales o estados financieros de la entidad extinguida a que se refiere los apartados anteriores corresponderá al presidente o director de la entidad absorbente a la fecha de la citada rendición. Si la entidad absorbente fuera la Administración General del Estado, el cuentadante será el titular del órgano que asuma la gestión de la mayor parte de los bienes, derechos y obligaciones de la entidad extinguida. El mismo criterio se seguirá con respecto a la rendición de las cuentas anuales del ejercicio anterior al de la extinción si a la fecha de la citada rendición ya se hubiera producido la disolución de la entidad. Cuando los bienes, derechos y obligaciones de la entidad extinguida se integren en varias entidades, el cuentadante de dicha cuenta anual o estado financiero será el de la entidad absorbente que reciba la mayor parte de los bienes, derechos y obligaciones de la entidad extinguida. Si dicha entidad absorbente fuera la Administración General del Estado, el cuentadante será el titular del órgano que asuma la gestión de la mayor parte de los bienes, derechos y obligaciones de la entidad extinguida en la fecha de la citada rendición”.

¹⁰⁵ CONDE TEJÓN, A., op. cit. (*Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión global de activo y pasivo)*), p. 71, afirma que “la categoría general no es la de las modificaciones estructurales, sino las de las reestructuraciones empresariales, dentro de las que tienen cabida todo tipo de operaciones cuyo objeto sea operar una reestructuración de la empresa, siendo las modificaciones estructurales un tipo específico de reestructuraciones empresariales que cuentan con unos efectos especiales que requieren un procedimiento singular. De esta forma, ante la necesidad de una empresa de alterar su estructura (acordar una operación de reestructuración empresarial), la misma tiene total libertad para optar por cualquier operación admitida en derecho, por lo que el elemento dominante de su opción será

evidentemente la eficiencia de esta operación para lograr los fines deseados. De esta manera, serán posibles hasta tres tipos de operaciones de reestructuración empresarial. Por un lado las modificaciones estructurales, que son aquellas operaciones de reestructuración empresarial reguladas específicamente para conceder a las mismas una especial forma de transmisión patrimonial, conocida como sucesión universal, lo que requiere dotarlas de un procedimiento específico en el que se sustituyan las medidas generales de tutela de los intereses afectados por esta operación por medidas específicas que compensen estos especiales efectos permitiendo recuperar un adecuado equilibrio de los intereses en juego. Por otro lado se podría optar por acordar operaciones que lograran unos resultados distintos de los conseguidos mediante una modificación estructural. La posibilidad de acordar estas operaciones vendría amparada por el principio de autonomía de la voluntad, y a las mismas les serían aplicables las normas generales del ordenamiento jurídico u otras normas específicas dieran amparo a la misma (...). Por último también son posibles operaciones que logren un resultado idéntico al que se logra mediante una modificación estructural pero que se acordarán sin seguir el procedimiento imperativo de éstas, sino mediante la aplicación de las normas generales del ordenamiento jurídico u otras específicas que dieran amparo a la misma, al igual que en las operaciones anteriores”.

¹⁰⁶ SASTRE ARIZA, S., “*Para ver con mejor luz. Una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica*”, en *Observar la ley*, Editorial Trotta, S.A., Madrid 2006, pp. 163, precisando, en p. 157, que “las expresiones “ciencia jurídica” y “dogmática jurídica” se pueden emplear como sinónimas. Sin embargo cada una resalta un aspecto (la primera la condición científica del conocimiento de un objeto que, como destaca la segunda, se impone “desde fuera” a los juristas)”.

¹⁰⁷ La correlación entre derecho y habla y realización del sistema jurídico, ha sido puesta de manifiesto por PECES MORATE, J. E., “*Estructuralismo y derecho comparado*”, en *Estructuralismo y Derecho*, Alianza Editorial, Madrid 1973, pp. 159 ss., apuntando a la oportunidad de estas alusiones semánticas.

¹⁰⁸ Bien que aluda a las fusiones en sus artículos 10.5, y 31.3.

¹⁰⁹ Chapter 1. General provisions; subchapter a. Short title and reservation of power, Section “§ 1.01 Short Title. This Act shall be known and may be cited as the “(name of state) Business Corporation Act.”; § 1.02 Reservation of Power to Amend or Repeal. The (name of state legislature) has power to amend or repeal all or part of this Act at any time and all domestic and foreign corporations subject to this Act are governed by the amendment or repeal”; ha sido totalmente transcrita en la mayoría de los Estados de la federación, siendo no obstante especialmente relevante que la Delaware General Corporation Law se haya convertido en su “mayor competidor”.

¹¹⁰ Referencia explícita que no se contiene en el Título XIII del texto refundido de la Ley de Sociedades de capital, lo que no obsta a las constantes remisiones que se efectúa al Reglamento 2157/2001. Lo mismo acontecía en la derogada Ley 19/2005, de 14 de septiembre.

¹¹¹ Preámbulo de la ley 3/2009, de 3 de abril, I, apartado tercero.

¹¹² Indica el Preámbulo de la ley 3/2009: “También se regula en la presente norma el traslado internacional del domicilio social que, aunque no siempre presenta las características que permitan englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales, sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad aconsejan su inclusión en el mismo texto legal”.

¹¹³ Es pertinente poner de manifiesto, en lo que interesa a la presente tesis, que según el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 2001, “sistema” significa: “1. Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí/ 2. Conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto/ 4. Ling. Conjunto estructurado de unidades relacionadas entre sí que se definen por oposición”, precisamente en su uso en lingüística se pone de manifiesto la correlación entre “estructura” y “sistema”; El DICCIONARIO DEL ESPAÑOL ACTUAL, de MANUEL SECO, OLIMPIA ANDRÉS y GABINO RAMOS, t. G-Z, Aguilar Lexicografía/Grupo Santillana Ediciones, S. A., Madrid 1999, atribuye a “sistema” los siguientes significados: “1. Conjunto ordenado de normas o procedimientos/b) Sistema político establecido/c) Método o procedimiento; 2. Conjunto organizado de ideas/3. Conjunto organizado de elementos que contribuyen al mismo objeto/4. Conjunto organizado de elementos afines por su naturaleza o estructura”; El DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL, de MARÍA MOLINER, Tomo G-Z, Editorial Gredos, S. A., Madrid 1994, atribuye a “sistema” el significado siguiente: “Conjunto organizado de normas y procedimientos con los que funciona o se hace funcionar una cosa; Conjunto organizado de cualquier clase de cosas que se manejan para algo/Conjunto de cosas ordenadas entre sí de alguna manera”, poniéndose así de manifiesto la correlación entre teoría de conjuntos y estructuralismo

¹¹⁴ SANTERRE, R. op. cit. (*El método de análisis en las ciencias humanas*), p. 39; No se trata de efectuar una investigación comparativa de diferentes sistemas jurídicos, como desaconseja HERNÁNDEZ GIL, A., op. cit. “*Introducción al estudio del estructuralismo y el Derecho*”, p. 41.

¹¹⁵ “Según la ley 3/2009, de 3 de abril, preámbulo II, apartado primero, se trata de “una normativa general mercantil sobre modificaciones estructurales de las sociedades y, en cuanto ley general mercantil, aplicable a cualquier sociedad de esta naturaleza, con independencia de la forma o del tipo social, salvo que expresamente se establezca lo contrario, como acontece al ocuparse de las fusiones transfronterizas intracomunitarias. Este carácter general, unido a la extensión del articulado, explica que se haya optado por una ley específica”.

¹¹⁶ MOULOUD, N., “*La lógica de las estructuras y la epistemología*”, en “*Estructuralismo y epistemología*”, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires 1970, p. 31.

¹¹⁷ “La actitud metodológica de la escuela histórica se cifra en poner de relieve como aspecto, sino único, esencial del derecho y de su ciencia, el histórico”, afirma HERNÁNDEZ GIL, A., op. cit. (*Metodología de la Ciencia del Derecho*), v. II, p. 92, “la historia atraída por la cronología de lo individual-sucesivo, es lo más opuesto a una investigación realizada con criterios estructurales, destaca en, op. cit. (*Introducción al estudio del estructuralismo y el Derecho*), p. 25; Afirma GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Tendencias actuales y reforma del derecho Mercantil (Estudios)*), p.191, “lo mercantil, en el orden jurídico, viene referido a una relación entre estructuras económico-sociales vitales, que requieren unas instituciones y un tratamiento jurídico especiales, distintos, y que se puede delimitar a través de un proceso histórico, ya que, en último lugar, todo el Derecho positivo es historia”.

¹¹⁸ “El, estructuralismo se distanció de la historicidad para permitir la eclosión de estudios sincrónicos (...), se asistió a un giro radical que tenía tendencia hasta entonces a privilegiar la dialéctica de las temporalidades, la búsqueda de los orígenes y que desde ahora se orienta hacia el descubrimiento de las lógicas espaciales, hacia los múltiples juegos de posiciones y la observación de los límites de las relaciones posibles en el espacio”, indica DOSSE, F., “*Historias del estructuralismo*”, Tomo II: El Canto del cisne, 1967 Hasta Nuestros Días”, Ediciones Akal, Madrid 2004, p. 494.

¹¹⁹ GETE-ALONSO CALERA, C., “*Estructura y función del tipo contractual*”, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona 1979, pp. 37 ss.

¹²⁰ GETE-ALONSO CALERA, C., op. cit. (*Estructura y función del tipo contractual*), pp. 48 ss.

¹²¹ Sobre estos aspectos son de tomarse en consideración las precisiones FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “*La atipicidad en Derecho de Sociedades*”, Libros Pórtico, Zaragoza, 1977, pp. 116-117, y 3330 ss.

¹²² HERNÁNDEZ GIL, A., op. cit. (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, v. II), p. 230.

¹²³ Afirma HESSUM, J., “*Teoría del conocimiento*”, decimoséptima edición (Traducción, Gaos, J.), Espasa Calpe, S. A., Colección Austral, Madrid 1991, p. 176, sobre el concepto de causalidad que “no afirma meramente que un proceso sigue a otro sino que es causado por él. Con otras palabras, no afirmamos meramente un post hoc, sino a la vez un proter hoc; no realmente una sucesión temporal, sino un íntimo enlace, un vínculo necesario, un nexo causal. El primer proceso es para nosotros una causa; el segundo un efecto”, y, en p. 177, acerca del principio de causalidad “que está en conexión estrechísima con el concepto de causalidad (y) se refiere a la validez, o más exactamente, a la esfera de validez de este concepto, que “todo cambio, todo proceso tiene una causa; éste es el contenido del principio de causalidad”; Afirmaba ARISTÓTELES, “*Metafísica*”, Libro Duodécimo, apartado VII, Espasa Calpe, S. A., Colección Austral (Traducción de Azcarate, P. de), decimotercera edición, Madrid 1990, pp. 312-313, que “el motor inmóvil es, pues, un ser necesario, y en cuanto que necesario, es el bien, y por consiguiente un principio. Tal es el principio de que penden el cielo y toda la naturaleza”; Resulta extraordinaria y especialmente relevante la apreciación de EINSTEIN, A., “*Notas autobiográficas*”, Alianza Editorial, S. A., Madrid 1986., p. 19, según la cual “todos los conceptos, incluso los más próximos a la experiencia, son, desde el punto de vista lógico, supuestos libres, exactamente igual que el concepto de causalidad”. ““Todo lo que ocurre tiene una causa”. La proposición es sintética porque el predicado “tener una causa” no está contenido en el concepto de lo que ocurre, en el concepto de “hecho”. Se trata de un juicio que amplía nuestro conocimiento, pero al propio tiempo se trata de un juicio necesario y universal”, dice KANT, I., según PABLO KOCH, S., en AAVV., “*Kant. Vida, pensamiento y obra*”, Planeta de Agostini, S.A., España 2007, p. 113; Para Kant “todos los cambios se producen en conformidad con la ley de conexión de causa y efecto”, precisa HSRTNACK, J., “*La teoría del conocimiento de Kant*”, Ediciones Cátedra, S. A., Madrid 1992, p. 88.

¹²⁴ “Por qué no se puede probar ni refutar a Dios”, Título del primer apartado del Capítulo 3, de la obra de FERNÁNDEZ-RAÑADA, A., “*Los científicos y Dios*”, Editorial Trotta, S. A., Madrid 2008, p. 75, que

desarrolla un estudio detallado de las diferentes teorías existentes en pp. 77-80), ni podemos siquiera imaginar “la nada”, y debemos debatirnos entre la idea Aristotélica del “primer motor” inmóvil y de que el universo ha existido siempre, como indicaba ARISTÓTELES, op. cit. (*Metafísica*, Libro Duodécimo, apartado VII y apartado VIII), p. 315, que “el principio de los seres, el ser primero, no es susceptible, (...), de ningún movimiento, ni esencial ni accidental y antes bien él es el que imprime el movimiento primero, movimiento eterno y único (...), que el primer motor es inmóvil en su esencia, y que el movimiento es impuesto por un ser eterno (...), la naturaleza de los astros es una esencia eterna, y la diferente perspectiva de KANT, según HARTNACK, J., op. cit. (*La teoría el conocimiento de Kant*) p. 150, afirma que según Kant “si existiera un ser cuya, existencia fuera necesaria, entonces su no existencia sería imposible, y negar esto sería una contradicción. Sería también una contradicción hacer el juicio: si existiera un ser cuya existencia fuese necesaria, entonces su no existencia sería posible”. Tratar de del universo, la existencia y de la vida requiere del planteamiento y de la resolución, si ello es posible, de las tres cuestiones básicas siguientes planteadas por HAWKING, S., y MLODINOW, L., “El gran diseño”, Crítica S. L., Barcelona 2010, “¿Por qué hay algo en lugar de no haber nada?, ¿Por qué existimos?, ¿Por qué este conjunto particular de leyes y no otro?”, p. 194.

¹²⁵ MORANGE, J., “*Las libertades públicas*”, Fondo de Cultura Económica, México 1981, p. 31.

¹²⁶ DAHL, R. A., op. cit. (*La democracia y sus críticos*), p. 103, según el cual se trata de un proceso que, intrínsecamente y en todos los casos, es esencialmente “un proceso político”; En relación con la distinción entre las formas de gobierno vid. PÉREZ SERRANO, N., “*Tratado de Derecho Político*”, (Segunda edición), Civitas, S. A., Madrid 1984, pp. 293 ss.

¹²⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., op. cit. (*La atipicidad en Derecho de Sociedades*), pp. 466 ss.

¹²⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., “*Artículo 1º*”, en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1997, p. 11, indica que “se dice por un sector de la doctrina que la sociedad anónima tiende a configurarse como una sociedad general, que suple la falta de creación de nuevas formas sociales y también traspasa el mundo de la empresa hasta alcanzar la categoría de simple técnica de organización”.

¹²⁹ Sobre la constitución de las sociedades de capital ROJO, A., “*Artículo 19º*”, en Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 311-314.

¹³⁰ GALBRAITH, J. K., “*Historia de la Economía*” (5ª edición), Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1991, p. 315.

¹³¹ RUÍZ PERIS, I., “*Igualdad de trato en el derecho de sociedades*”, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2007, pp. 221 ss.; “*El derecho a la constitución de sociedades está amparado constitucionalmente*”, lo indica J. PRADA GONZÁLEZ, J., “*Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Sociedades*”, RDN núm. CXXXI, enero-marzo 1986, p. 201; Amparado en el artículo 22 de la Constitución, lo reitera la jurisprudencia constitucional desde las SSTC 67/1985 de 24 de mayo; 23/1987, de 23 de febrero y 5/1996 de 16 de enero. Constituyendo una posición admitida mayoritariamente por la doctrina, por todos PAZ-ARES, C., “*La sociedad en general: Caracterización del contrato de sociedad*”, en Curso de Derecho Mercantil, T. I, (Segunda edición), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 485.

¹³² DAHL, R. A., op. cit. (*La democracia y sus críticos*), p. 43; “La paridad de trato en las sociedades de capital arranca de la justificación básica que permite invocar la vigencia desde principio en cualquier otra figura asociativa”, indica SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “*La igualdad de trato de los accionistas ¿un principio general?*”, RdS núm. 35, año 2010-2, p. 23.

¹³³ TAPIA HERMIDA, A., “*La igualdad de los accionistas en las sociedades cotizadas*” (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Cuarta, de 15 de octubre de 2009, asunto C-101/08), Revista de Derecho de Sociedades (RdS), núm. 35, año 2010-2, pp. 353 ss. , “*Accionistas iguales*”, en Liber Amicorum. Juan Luís Iglesias, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2014, pp. 1028 ss.; MARTÍNEZ FLORES, A., “*Artículo 97. Igualdad de trato*”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 820 ss.

¹³⁴ GARRIGUES, J., op. cit. (*Tratado de Derecho Mercantil*, t.I-2), pp. 622-624; op. cit. “*Hacia un nuevo Derecho Mercantil*”, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, p. 28; “*Curso de Derecho Mercantil*” (sexta edición, revisada corregida y puesta al día por A. Bercovitz), Madrid, 1972, pp. 359-360; Al “principio de decisión democrática o régimen mayoritario de los órganos sociales”, alude GARRRIDO DE PALMA, V. M., “*Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*”, en “Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez”, T. II, (Sociedades Mercantiles), Editorial Civitas, Madrid 1996, p. 1876; SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*), pp. 333-334 vincula los mandatos constitucionales de gobierno democrático y e igualdad a la “libertad de

asociación (artículo 22), bajo la que se ampara la constitución de sociedades”; “La evolución hacia la forma actual de la sociedad anónima se inicia a partir de la Revolución francesa bajo la presión de los postulados del capitalismo liberal (...). Nuestro Código de 1829, más progresivo que el francés, se limitó a exigir la aprobación de las escrituras fundacionales por los Tribunales de comercio, y en él aparece ya, privatizada, la sociedad anónima en todo lo relativo a su organización y funcionamiento, desaparecen los privilegios, desaparece la injerencia del Estado en la vida social, y ésta se va a regir democráticamente por la voluntad de los socios en régimen de igualdad de derechos”, indica URÍA, R., “*Derecho Mercantil*”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 228; Indica PEÑAS MOYANO, B., “*Las clases de acciones como instrumentos financieros en los Derechos de Sociedades Británico y Estadounidense*”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 65-66, “en el derecho de sociedades británico (...), en lo que hace al contenido jurídico de las acciones de una concreta, company, existe la presunción de que todas las acciones confieren a sus titulares los mismos derechos y les imponen idénticas obligaciones”, y más adelante, en p. 175, “se presume que todas las acciones en las que se divide el capital de una concreta compañía tienen igual rango y, consecuentemente, disfrutan del mismo contenido jurídico; por ello, los derechos que atribuyen a sus titulares y las obligaciones que les imponen son iguales en naturaleza y extensión”, y en p. 281, que “diferentes clases de acciones apelan a diferentes tipos de inversores”; Indicándose, en otro orden de consideraciones pero que en buena medida confluyen, que “para algunos autores, el principio de igualdad de trato, pertenece al núcleo de valores centrales del sistema societario. Su fundamento no se hallaría en el artículo 14 CE, sino en el propio contrato de sociedad; salvo prueba en contrario, debe considerarse que es esta la voluntad presupuesta o presumible de los otorgantes” afirma RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., “*El principio de igualdad de los accionistas y exclusión del derecho de suscripción preferente*”, RDM, núm. 24, octubre-diciembre 2009, pp. 1481-1482, que añade, “ciertamente el fundamento jurídico en la de este principio ha seguido varias direcciones: la primera partiría de los principios generales del Derecho público, ya sea sobre la base liberal, o bien, prescindiendo de esa base, y atendiendo única y exclusivamente al fin de la justicia. Esos postulados se trasvasarían al Derecho privado, en concreto a las comunidades personales. Una segunda dirección la constituye una generalización a través de la interpretación legal, partiendo de aquellos preceptos que recogen el principio. Se considera por parte de algún autor que no sería necesario acudir para fundamentar este postulado, a ningún principio general de carácter jurídico público, ni remontarse a la C. E.; este principio se incardinaria en la propia vertiente causal de la sociedad; habrá que presuponer que la igualdad es la voluntad querida y presumible”.

¹³⁵ Cuyo origen es estrictamente ideológico y político. Efectivamente, “el principio es la igualdad (porque) es una consecuencia del ideario revolucionario que inspira la codificación francesa, cuando se democratiza la sociedad anónima y se considera que todos los socios tienen un interés cuantitativamente idéntico y tienen los mismos derechos, tanto en lo que se refiere al aspecto patrimonial como político o administrativo”, precisa AGUILERA RAMOS, A., “Clases y series de acciones. Las acciones privilegiadas”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, T. II (Capital y Acciones), v. I, Civitas, Madrid 1994, p. 156.

¹³⁶ Para aplicarlo a las relaciones inter privados se han traído a colación dos instituciones diferentes, la “mittelbare Drittwirkung” y la “Drittwirkung der Grundrechte”. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “el principio general de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de igual manera situaciones diferentes, a no ser que tal trato esté objetivamente justificado” SSTJUE de 5 de junio de 2008, Wood, asunto C164/07; de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, asunto C-127/07, y de 16 de septiembre de 2010, Zoi Chatzi e Ypourgos Oikonomikon, asunto C-149/10). ¿Se puede inferir de semejante formulación del “principio general de igualdad de trato” un “principio de igualdad de trato de los accionistas?”. Se afirma por el TJUE que “existe un principio general de Derecho comunitario relativo a la protección de los accionistas minoritarios” (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 15 de octubre de 2009, asunto C-101/08, Audiolux y otros), precisando la Abogada General, Sra. Verica Trstenjak, en la conclusión 75 de las presentadas el 30 de junio de 2009, en aquel asunto que “ni los fines de la Unión Europea enumerados en el artículo 3 (Derogado y sustituido, en sustancia, por el artículo 7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y por los artículos 13, apartado 1 y 21, apartado 3, párrafo segundo, del Tratado de la Unión Europea CE (ni las disposiciones relativas a los movimientos de capitales y de pagos de los artículos 56 CE, sustituido por el artículo 63 TFUE, y 57 CE (sustituido por el artículo 64 TFUE), permiten extraer conclusiones precisas”, que añade, en su conclusión 109, que “si el Tribunal de Justicia reconociera un principio general de igualdad de los accionistas, las consecuencias serían imprevisibles” y que justifica en el debido mantenimiento del “equilibrio institucional”, en un extenso razonamiento contenido en sus conclusiones 103-109. No obstante aquella Abogada General, en sus conclusiones 89-93 y Notas respectivas, destaca como parte de la doctrina considera el principio de “igualdad de los accionistas”, una “emanación del principio general de justicia, cuyo origen no se encuentra en la ley, sino fuera de ella, por encima del Derecho positivo”, en el sentido expuesto por HÜTTE, A., “*Der Gleichbehandlungsgrundsatz im deutschen und französischen Recht der Personengesellschaften*”, Aquisgrán, 2003, o , considera la “igualdad de los accionistas” un “principio jurídico fundamental del Derecho de sociedades”, con referencia a VERSE, D.,

“*Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften*”, Tubingia, 2006, p. 557, y en MEHRINGER, C., “*Der allgemeine kapitalmarktrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz*”, Baden-Baden, 2007, p. 239. Lo que no le impide destacar también que otra parte de la doctrina, considera la igualdad de los accionistas simplemente como una “idea básica” del Derecho de sociedades, apoyándose en GRUNDMANN, S., “*Europäisches Gesellschaftsrecht*”, Heidelberg, 2004, p. 145, o un “ideal simplificado para evitar desigualdades de trato arbitrarias por parte de los órganos de la sociedad”, recurriendo a par ello a DE CORDT, Y., “*L’égalité entre actionnaires*”, Bruselas, 2004, p. 937. Al “principio de la igualdad de trato de todos los accionistas que se encuentren en la misma posición”, alude el art. 21 de la Directiva 2012/30/UE. Alusiones a aquel principio contienen los artículos 3.1.a) de la Directiva 2004/24/CE, considerandos 22 y 36, apartado 10, arts. 17.1 y 18.1 de la Directiva 2004/109/CE, y es el leitmotiv tanto del Reglamento (UE) n° 596/2014, como de la Directiva 2014/57/UE.

¹³⁷ En nuestro país, no obstante el precedente que supuso la aprobación el 19 de marzo de 1812 de la Constitución de Cádiz, “un verdadero terremoto” que, “en pocos minutos, dinamitó más de tres siglos de monarquía absoluta”, al determinar la “asunción de la soberanía por el pueblo y establecer la división de poderes”, indica ESCUDERO, J. A., “*Las Cortes de Cádiz: Génesis y reformas*”, Discurso de apertura leído el día 18 de octubre de 2010, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2010, p. 34. Sólo desde la Constitución de 1837 (artículo 5), se establece aquel principio de igualdad ante la ley, que se mantendrá en los posteriores textos constitucionales históricos, de 1845, 1869, 1876 y 1931. En todo caso y desde entonces, “se presenta bajo dos aspectos funcionales. En primer lugar, es un principio de expresión constitucional, pero también constituye un principio general del Derecho”, indica GÁLVEZ, J., “*Artículo 14*”, en “*Comentarios a la Constitución Española*” (Garrido Falla, F. y otros), Cívitas S.A., Madrid 1980, p. 182. En la Constitución de 1978, el derecho a la igualdad de trato ante la ley y real se establece en los artículos 14 y 9.2.

¹³⁸ En nuestra doctrina precisaba GIRÓN TENA, J., indica que el “principio de igualdad de tratamiento de los accionistas” únicamente, postula “la igualdad de módulo: que, dándose las mismas circunstancias, no sean distintas las cargas o ventajas para los socios. El principio se refiere a la vida de la sociedad ya fundada y, en el caso de desigualdad inicial, la igualdad ulterior revestirá la forma de proporcionalidad” “*Apuntes de Derecho Mercantil*”, v. 1º, “*Sociedades. Parte General*”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1983-1984, pp. 29-30, añadiendo que “el fundamento jurídico del principio se busca de distinta forma: hay una dirección que parte de los principios generales de carácter jurídico-público (bien sobre base liberal, bien, con independencia de este punto de partida, atendiendo sólo al fin de justicia) y traslada luego estas ideas de las comunidades políticas a las comunidades personales de Derecho Privado. Otra constituye una generalización con pura técnica de interpretación legal, partiendo del conjunto de preceptos del ordenamiento que presuponen el principio (...). Por último la tesis mejor fundada es la que sostiene que, aunque no se pudiera demostrar que la ley ha generalizado el principio, habrá de estarse a él como voluntad presupuesta o presumible de los contrayentes, salvo prueba concreta contraria, ya que la confianza precisa para colaborar en la dinámica de la vida social es incompatible con la idea contraria: nadie participará en una sociedad, si le hiciera presente la idea contraria a éste principio”; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*La igualdad de trato de los accionistas ¿un principio general?*), pp. 21-22, que la igualdad de los accionistas se formuló matizadamente en la Directiva 77/91, “pero los ordenamientos de algunos Estados optaron por proclamar la vigencia de ese principio por medio de sus explícito acogimiento normativo, pero con una formulación mucho más amplia, pues la igualdad de trato se extendía a todos los supuestos en que se producía una afectación de cualquiera de los derechos e intereses de los accionista”, que en nuestro Derecho su adopción desde su formulación en el artículo 42 de la Directiva 77/91, “se ha demorado. Quizás fuera más correcto decir que se ha revisado. La incorporación de las Directivas comunitarias no conllevó una formal declaración del principio de igualdad, que ha venido operando en nuestro ordenamiento como un principio implícito. Es cierto que no podía cuestionarse su existencia, pero también que planteaba el problema inherente a toda norma principal: el de la determinación de los presupuestos de su aplicación y los límites de su vigencia”, que “existe una evidente coincidencia entre el principio de igualdad en el Derecho de sociedades y la formulación de la igualdad como un derecho constitucional (art. 14 CE), lo que explica que, consecuencia, el estudio del primero de inspire en la construcción del segundo”, y en p. 28, que “más allá de referirla a un grupo determinado de sujetos que comparten el mismo estatuto o a quienes se reconoce un común derecho, la igualdad de trato pasa por “dispensar en mismo tratamiento a quienes se encuentran en una situación igual o equiparable”; Con respecto al Derecho de la Unión Europea FERRARINI, G., ““*Unázione – un voto*”: un principio europeo?”, Riv. Soc., año 51, 2006, fasc. 1, pp. 25 ss.; Indica MATEU de ROS CEREZO, R., “*Principio de igualdad de trato de los accionistas conforme a la Ley 3/2009: Accionistas significativos, derechos políticos y representación proporcional*”, RMV, núm. 5, 2009, p. 74, en relación con el artículo 50 bis introducido por la Ley 3/2009, de 3 de abril, disposición final primera, Nueve, de idéntico contenido al del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 1/2010, que “la formulación elegida por el legislador no estriba en el reconocimiento abstracto de un supuesto principio preformativo o suprajurídico de igualdad formal o institucional (a partir del cual tengan cabida toda suerte de excepciones, salvedades y matices) sino un criterio mucho más preciso y mucho más modesto: la igualdad de trato, esto es un criterio de no discriminación dinámico que, se supone, debe regir en las relaciones entre la sociedad y

todos (¿todos?) sus accionistas en cualesquiera situaciones pero, sobre todo, en aquellas carecen de una regulación normativa explícita”; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., op. cit. (*El principio de igualdad de los accionistas y exclusión del derecho de suscripción preferente*), p. 1482, indica que si bien aquel principio de igualdad de trato de los accionistas “no venía establecido de manera expresa en el ámbito del derecho de sociedades anónimas español, hasta la incorporación del artículo 50 bis por la Ley 3/2009, a pesar de ello se consideraba como uno de los elementos capitales en el sistema de protección del accionista, de modo que inspiraría no sólo la normativa societaria, sino también la relativa al mercado de valores. Así aunque no se pudiera demostrar que la ley había generalizado este principio, debía estarse a él como voluntad presupuesta y presumible. La confianza necesaria para colaborar en la dinámica de la sociedad no es compatible con la idea contraria, pues nadie desearía participar en una sociedad si se pusiera de manifiesto una actividad contraria a este principio; Indica SÁNCHEZ LINDE, M., “*El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la Junta general de la sociedad anónima*”, RdS, Monografía, Thomsom Reuters- Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2009 p. 441, que “la doctrina ya se ha percatado que no existe en la LSA ningún principio de igualdad de trato entre los accionistas, aunque ello no signifique que por parte de los Estatutos sociales —o mediante cualquier otra operativa societaria— pueda obviarse la paridad de trato entre aquellos sujetos, siendo a estos efectos indiferente la cantidad de capital que posean”.

¹³⁹ Pregunta que se hacen HAUSMAN, D. M., y McPHERSON, M. S., “*El análisis económico y la filosofía moral*”, Fondo de Cultura Económica, México 2007, p. 221, a la que responden que si el compromiso con la igualdad moral y política está radicado socialmente y cuenta apoyo en la filosofía moral kantiana, “más son disputables el fundamento de este compromiso y sus implicaciones en la igualdad económica”

¹⁴⁰ Sobre ambas y su diferenciación SARTORI G., “*Qué es la democracia*”, Taurus, Santillana Ediciones Generales, S. L., Madrid 2003, pp. 217-223; Acerca de las libertades públicas, individuales y colectivas, Dahl, R. A., op. cit. (*La democracia y sus críticos*), pp. 58 ss.

¹⁴¹ El decaimiento ya lo advertía GARRIGUES J., op. cit. (*Hacia un nuevo Derecho Mercantil*), cuando tras afirmar, en p. 26, que la igualdad y traslativamente la democratización, de la sociedad anónima se produce claramente “al declarar iguales las acciones, o de “valor igual”, indica, en Nota 1 de esa misma p. 26, que “los Códigos posteriores al francés admiten ya la posibilidad de que existan acciones con atribución desigual de derechos”. Asimismo, en p. 50, tras aludir a la conferencia pronunciada en 1917 por Ossorio y Gallardo en la Academia de Jurisprudencia bajo el título “La crisis de la democracia en el Derecho mercantil”, en la que “estimaba que modernamente se ha reaccionado contra la concepción democrática de la sociedad anónima (sufragio universal puro, régimen de mayorías y libre transmisibilidad de acciones), indica que “la observación es completamente exacta”.

¹⁴² DAHL, R. A., op. cit. (*La democracia y sus críticos*), p. 103; Se trata de un tema ya considerado por Platón en “La República o el Estado”, Libros octavo y noveno, (En la edición de Espasa Calpe-Colección Austral, decimoctava edición, Madrid 1986, Libro octavo pp. 230-255, y Libro noveno pp. 255-277.

¹⁴³ Según RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., op. cit. (*El principio de igualdad de los accionistas y exclusión del derecho de suscripción preferente*), p. 1481, “el principio de igualdad ha sido históricamente un postulado propugnado en el ámbito de los contratos (...). Para algunos autores el principio de igualdad de trato, pertenece al núcleo de valores centrales del sistema societario”, concluyendo aquella autora, en p. 1485, que “el principio de igualdad de trato, en el que se basan numerosas normas del régimen societario, sería una proyección del deber de fidelidad que resulta ser la plasmación del deber genérico de ejercitar los contratos de buena fe”; En esa línea se pronuncia VELASCO SAMPEDRO, L., “Acciones propias e igualdad de los accionistas. Cuestiones de Derecho de Sociedades y de Derecho del Mercado de Valores”, RdS, 1994, 2, p. 15; No se le deben excluir otras fundamentaciones que serían, en todo caso, concurrentes, así en la buena fe, indica PAZ-ARES, C., “De la Sociedad”, en “Comentario del Código Civil, T. II, Ministerio de Justicia, 1993, p. 1327.

¹⁴⁴ SÁNCHEZ LINDE, M., “*Reflexiones en torno al principio mayoritario en la Junta de accionistas de la sociedad anónima*”, RPD(CEF), núm. 108, enero 2010, p. 31, bien que, como apostilla el autor, no haya “dejado de provocar justificaciones doctrinales más recientes, en el momento en que el propio legislador pasa a imponer el principio mayoritario ex lege”, asimismo en “*El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la Junta general de la sociedad anónima*”, Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2009, especialmente pp. 26, 38,39 y 441.

¹⁴⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., “*La junta general de las sociedades de capital*”, Thomsom- Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2007, p. 52; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., (*Instituciones de Derecho Mercantil, v. I*), p. 473.

¹⁴⁶ Afirma SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La junta general de las sociedades de capital*), pp. 46-47 y 61. La junta general “es un órgano en el que participan, en principio, todos los accionistas de la sociedad, si bien algunos

de ellos pueden simplemente asistir a la reunión pero no votar, (...). Se dice por eso que la junta general es un órgano en cuyo seno los accionistas ejercitan sus derechos. Además, se afirma que se trata de un órgano por medio del cual la sociedad manifiesta la voluntad social a través de sus acuerdos. Pero está claro que es un órgano de la sociedad que no puede confundirse con la sociedad misma”, y que “los acuerdos que adopta la junta, aun cuando hayan de ser calificados de actos unilaterales del órgano, son el resultado de las declaraciones de voluntad de los accionistas que la manifiestan con el ejercicio del derecho de voto”; En la junta general “los socios se reúnen y comparecen para deliberar y decidir”, precisa GARCÍA-CRUCES, J. A., “*Artículo 159. Junta general*”, en *Comentario la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 1189; “Lo que es necesario para la protección de los intereses de los accionistas no es una democracia participativa de tales accionistas, sino una maquinaria para que los administradores no desvíen una cantidad excesiva del ingreso neto de la empresa, de los accionistas hacia ellos mismos”, precisa POSNER, R. A., op. cit. (*Análisis económico del Derecho*), p. 657.

¹⁴⁷ GARRIGUES, J., op. cit. (*Tratado de Derecho Mercantil*), p. 624, que indicaba, en *Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1988 (Primera edición en 1933), pp. 70-71, “el hecho fundamental es, pues, el de la separación de dos grupos de accionistas: de un lado los que toman inmediato interés en la empresa misma y aspiran por eso a participar en ella de modo permanente, influyendo o dominando su dirección; de otro lado, aquellos que no tiene este propósito de dominación, sino que se limitan a colocar su dinero vacante o especular en Bolsa con las fluctuaciones del curso de las acciones, sin querer asumir trabajo ni responsabilidad en el manejo de los negocios sociales se fían de la competencia de otros. Los intereses completamente diversos y opuestos de estas dos clases de accionistas están en conflicto permanente dentro de la sociedad anónima”; Alude GIRÓN TENA, J., “*Derecho de Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*”, Publicaciones del Seminario de la Facultad de Derecho, Valladolid 1952, pp. 18-19, en relación con las grandes sociedades a la “división de los socios en dos sectores: un sector de interesados en la vida social (...) y otro desinteresado que suele estar constituido por pequeños accionistas”, en relación con las sociedades de dimensión media, precisa que “es difícil a priori, pero posible, la distinción ente accionistas con ánimo de vinculación permanente a la sociedad y accionistas especuladores”; JUSTE MENCÍA, J., “*Los derechos de minoría en la sociedad anónima*”, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 1995, p. 33, firma que “la distribución del poder de la sociedad puede llegar a presentar la siguiente estructura: por una parte, un grupo de control -acaso minoritario respecto del valor del capital social-, que de hecho lleva cabo la empresa, de otro, los demás socios -muchas veces una mayoría- desorganizados y desinteresados en su gestión”.

¹⁴⁸ PRIETO PÉREZ, E., “*La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*”, Real Academia de Doctores, Madrid 2002, pp. 12-13.

¹⁴⁹ GALBRAITH, J. K., op. cit. (*Historia de la Economía*), p. 303.

¹⁵⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., opus cit. (*La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*), p. 31, y 73-80.

¹⁵¹ GALBRAITH, J. K., op. cit. (*La economía del fraude inocente – La verdad de nuestro tiempo*), p. 56, que apostilla, “que en ocasiones estas retribuciones están cerca del robo es algo que resulta evidente desde todo punto de vista”.

¹⁵² SÁNCHEZ CALERO, F., opus cit. (*La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*), p. 33.

¹⁵³ GALBRAITH, J. K., op. cit. (*La economía del fraude inocente – La verdad de nuestro tiempo*), p. 48.

¹⁵⁴ GALBRAITH, J. K., op. cit. (*La economía del fraude inocente – La verdad de nuestro tiempo*), p. 48.

¹⁵⁵ GALBRAITH, J. K., op. cit. (*La economía del fraude inocente – La verdad de nuestro tiempo*), pp. 48-49; Afirma POSNER, R. A., op. cit. (*Análisis económico del Derecho*), p. 656, “el control de la empresa reside en un grupo de administradores que gira órdenes a los empleados que compran los insumos de la empresa y elaboran y venden su producto. El grupo administrador está compuesto por personas que tienen experiencia en el negocio y participan en él día tras día. El accionista típico (...), no conoce el negocio de la empresa, no obtiene de ella una parte importante de sus ingresos, y ni espera ni tiene un incentivo para participar en su administración. Es un inversionista pasivo, y, en virtud de la liquidez de su interés, tiene con la empresa sólo una relación casual y a menudo transitoria. Su interés como el de un acreedor, es un interés financiero antes que administrativo”.

¹⁵⁶ Cuestión que enuncia y trata GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de Sociedades Anónimas*), pp. 25 ss.

¹⁵⁷ Pudieran buscarse fórmulas de “gobierno por discusión”, que indica AMARTYA SEN, op.cit., “*La idea de la justicia*”, p. 354, que más allá de la mera atribución a los gobernados o socios de facultades electivas y de control, requiera de su participación continuada, lo que a su vez exige de la más completa realización de los

principios de igualdad y libertad individual (sobre las “libertades iguales”, RAWLS, J., op. cit., “*Teoría de la Justicia*”, pp. 236-237), por necesidades implícitas al aspecto procedimental que la caracteriza a la “democracia deliberativa”, según GREPPI, A., “*Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*”, Editorial Totta, S.A., Madrid 2006, p. 45.

¹⁵⁸ Art. 14.1.a de la Directiva de Fusiones Transfronterizas.

¹⁵⁹ Sección 11.07(a). 3 y 4, de la Model Business Corporation Act.

¹⁶⁰ Artículos 5 y 9 de la Directiva 2005/56.

¹⁶¹ Comentario Oficial, apartado 1, a la sección 11.04 de la Model Business Corporation Act.

¹⁶² Artículo 2.2. a, b y c, de la Directiva 2005/56.

¹⁶³ Artículo 14.1.c y 2.c, de la Directiva 2005/56.

¹⁶⁴ Sección 11.07(a). 1 y 2, de la Model Business Corporation Act.

¹⁶⁵ Comentario Oficial a la sección 11.07 (a) de la Model Business Corporation Act

¹⁶⁶ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 359.

¹⁶⁷ GÓMEZ SEGADE, J. A., “*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*”, en Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, v. V, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U, Madrid 2002, p. 5030, donde precisa lo siguiente: “La fusión, como técnica de ingeniería societaria al servicio de la reestructuración de la empresa, presenta una gran complejidad, y constituye un poliedro con varias caras sobre cada una de las cuales se reflejan normas de muy distinta naturaleza, desde las societarias a las de naturaleza fiscal, pasando por los preceptos laborales, la normativa de defensa de la competencia, o los preceptos tuitivos sobre la intervención de la CNMV cuando se trata de sociedades cotizadas en Bolsa. En efecto, así sucede porque la fusión es un cambio estructural que por su enorme repercusión, más allá de las fronteras societarias, está sometida a controles internos y externos”.

¹⁶⁸ MORIN, E., “*Introducción al pensamiento complejo*”, Editorial Gedisa, S. A., Barcelona 2001, pp. 124-125.

¹⁶⁹ GLEIK, J., “*Caos. La creación de una ciencia*”, Crítica, S. L., Barcelona 2012, p.19.

¹⁷⁰ GLEIK, J., op. cit. (*Caos. La creación de una ciencia*), p. 20.

¹⁷¹ GLEIK, J., op. cit. (*Caos. La creación de una ciencia*), p. 152.

¹⁷² FENKEL, R., “*Amor y matemáticas*”, Editorial Ariel-Planeta S.A., Barcelona 2015, p. 35.

¹⁷³ HERNÁNDEZ GIL, A., op. cit. (*Metodología de la ciencia del Derecho, v. I*), p. 139; del mismo autor “*La idea del sistema en Savigny*”, AARAJL núm. 9, 1979, pp. 109 ss.

¹⁷⁴ SANTIAGO NINO, C., op. cit. (*Introducción al análisis del Derecho*), p. 315.

¹⁷⁵ HERNÁNDEZ GIL, A., op. cit. (*Metodología de la ciencia del Derecho, v. I*), pp. 139-140.

¹⁷⁶ MANDELBROT, B., “*Fractales y finanzas*”, Metatemas-Tusquets Editores, S.A., Barcelona 2006, p. 140,

¹⁷⁷ Sobre las dos condiciones de la definición de fractal y su expresión matemática DE GUZMAN, M., MARTÍN, M. A., MORÁN, M. y REYES, M., op. cit. (*Estructuras fractales y sus aplicaciones*), p. 95.

¹⁷⁸ DE GUZMAN, M., MARTÍN, M. A., MORÁN, M. y REYES, M., op. cit. (*Estructuras fractales y sus aplicaciones*), p. 95.

¹⁷⁹ “Los fractales son muy visuales y, por ende sumamente intuitivos. Los fractales pueden parecer caótico. Su categorización desafía a menudo la geometría y el análisis convencional. Suelen ser irregulares y desconcertantes, en lugar de impecables y predecibles (...). Pero el punto clave es que todos los fractales tienen un origen simple”, precisa MANDELBROT, B., op. cit. (*Fractales y finanzas*), p. 142.

¹⁸⁰ DE GUZMAN, M., MARTÍN, M. A., MORÁN, M. y REYES, M., “*Estructuras fractales y sus aplicaciones*”, Editorial Labor, S. A., Barcelona 1993, p. 53.

¹⁸¹ DE GUZMAN, M., MARTÍN, M. A., MORÁN, M. y REYES, M., op. cit. (*Estructuras fractales y sus aplicaciones*), p. 53.

¹⁸² “Mandelbroth ha descubierto que la geometría fractal proporciona un lenguaje que permite describir fenómenos muy variados, ampliamente difundidos en la naturaleza y de gran interés científico y práctico”,

indican DE GUZMAN, M., MARTÍN, M. A., MORÁN, M. y REYES, M., op. cit. (*Estructuras fractales y sus aplicaciones*), p. 52.

¹⁸³ BRAUN, E., “*Caos, fractales y cosas raras*”, Fondo de cultura Económica, México, 1996 pp. 12-18.

¹⁸⁴ BRAUN, E., op. cit. (*Caos, fractales y cosas raras*), p. 26.

¹⁸⁵ BRAUN, E., op. cit. (*Caos, fractales y cosas raras*), pp. 12-18.

3. LA VOCACIÓN DE EMPRESA GLOBAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

La vocación de empresa global de la sociedad anónima, se verifica cuando, atendiendo a la utilidad del método histórico, se repara en la evolución del régimen de la sociedad anónima¹⁸⁶, instrumento fundamental para la transcendental expansión de los efectos económicos y sociales del capitalismo, constituyendo las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas un elemento natural y no extraordinario o excepcional del sistema de economía de mercado o capitalista¹⁸⁷.

Efectivamente, la sociedad anónima, especialmente la gran sociedad anónima, “*es un instrumento para el desarrollo y crecimiento del capitalismo, produciéndose una simbiosis esencial entre el desarrollo de éste sistema económico y el de la sociedad anónima, como medio de primer orden para su avance, pero debiendo ésta fortalecerse por medio de su concentración. Fortaleza de la sociedad que implica; dentro de las grandes sociedades mercantiles; el ser el medio eficaz para la colecta del ahorro público, o si se quiere, para la acumulación del capital preciso para llevar adelante las grandes empresas. Movimiento que va en espiral y que nos pone de manifiesto la vinculación de las sociedades y el mercado de valores*”¹⁸⁸.

3.1. La sociedad anónima como “empresa global” en sus orígenes.

No cabe explicar el surgimiento de la sociedad anónima sin aludir al cambio institucional derivado de las limitaciones que para el desarrollo del capitalismo global imponían las formas jurídicas existentes para la capitalización de las empresas y la gestión del riesgo¹⁸⁹. Así, “*la combinación del capitalismo comercial y de la creciente colonización permitió la aparición de ciertas innovaciones. Por una parte, la empresa apareció con mayor claridad que nunca como componente institucional fundamental del capitalismo en proceso de consolidación. La Compañía Holandesa de las Indias Orientales (VOC por sus siglas en neerlandés), surgida en 1602, fue la más importante de una extensa lista de sociedades anónimas que nacieron en los siglos XVI y XVII en varios países –sobre todo en Holanda, Inglaterra y Francia– para dedicarse al comercio colonial. Por otra parte, aparecieron nuevas instituciones y prácticas del capitalismo financiero cuyos efectos se han mantenido hasta hoy*”¹⁹⁰ y cuya íntima relación con la sociedad anónima y la globalización económica no presenta dudas¹⁹¹.

En el desarrollo de la sociedad anónima “*se aprecia que esta sociedad mediante cambios profundos y estructuras diferentes ha sido medio apto para el desarrollo de una determinada política económica (...). Ésta nace, sin perjuicio de las diversas figuras que le precedieron con la sociedades coloniales del siglo XVII, que se desarrollan como compañías privilegiadas, no sólo para la realización de actividades de carácter comercial, sino con facultades que corresponden a la soberanía del propio Estado que las crea, confiriendo a estas compañías la posibilidad de construir fortificaciones, entablar guerras, sellar tratados comerciales, etc.; privilegios conferidos en principio por Holanda e Inglaterra, y que tras los proyectos de Olivares de creación de cinco compañías de comercio se constituyen en España en principio dos*”¹⁹². Esas formas societarias iniciales van a demostrar su utilidad para administrar y gobernar la globalización que se desarrolla al socaire de los desarrollos surgidos con el descubrimiento de América (“*estamos ante un sueño milenario*”¹⁹³) y los viajes transoceánicos.

Ha de partirse de la idea de que “*el imperio español americano, la más alta creación política de la humanidad europea, aquella que ha realizado en mayor escala Europa en el mundo, no fue fruto de la casualidad*”¹⁹⁴, pues la preparación técnica y vocación marinera van a ser factores determinantes de los viajes transoceánicos.

Efectivamente, “*entre 1492 y 1522 todo un mundo nuevo se revela ante el viejo orbe cristiano, por obra de las exploraciones y conquistas de las gentes ibéricas*”¹⁹⁵. Pero es con el desarrollo del capitalismo cuando se constituyen las “compañías” para explotar el comercio ultramarino, para lo que “*se requieren grandes capitales, y por este motivo surgen las sociedades por acciones. El ejemplo lo dio Inglaterra con la Compañía de Moscovia*”, creada en 1554 para lanzarse sobre el antiguo campo comercial del Hansa: primera sociedad por acciones para la realización de un solo viaje, concluido el cual se liquidará la sociedad. Poco después se introduce la mejora técnica de formar sociedades por acciones con carácter permanente. El comercio del Báltico, del Mediterráneo, de América y de las Indias orientales son los objetivos de las nuevas compañías. Pronto surgirá la inevitable rivalidad entre unas y otras. Ningún medio de locomoción nuevo se inventa, pero el tráfico mundial se ve favorecido por el perfeccionamiento de los ya existentes¹⁹⁶. El origen de las sociedades por acciones o anónimas, está en aquellos instrumentos de expansión económica colonial, temprana manifestación de globalización económica¹⁹⁷.

Desde 1594 los holandeses fundan compañías para realizar el comercio con Oriente, pero es en 1602 cuando se reúnen todas ellas en la Compañía Holandesa de las Indias Orientales (VOC), ya de carácter privado, bien que tutelada por el Estado. “*Era una compañía increíblemente moderna desde todos los puntos de vista. Lo que sin embargo, la diferenciaba de las grandes empresas multinacionales que surgieron posteriormente, en los siglos XIX y XX, era su carácter de monopolio, con amplias competencias casi estatales*”¹⁹⁸. Tras un convulso periodo político que se da en aquellas latitudes, en 1621 se funda la Compañía de las Indias Occidentales, financiada por la Compañía de las Indias Orientales, “*que servía de modelo para la organización de la nueva compañía, aunque en ésta se acentuara el carácter paraestatal*”¹⁹⁹, y que asumió derechos de otra compañía holandesa, fundada en 1614, para el comercio de pieles del norte de América. En 1607 se creó la Compañía de Londres, para explotación de los metales preciosos aparecidos en América (que acaba cultivando tabaco, con gran acogida en Europa). En 1664 fundaron los franceses una compañía para el comercio con Oriente. En España se fundan la compañía Guipuzcoana de Caracas en 1728, para el comercio del cacao y las Compañías de la Habana y Filipinas en 1733.

La creación de estas compañías supuso la “*aparición de un elemento que se convertiría, durante la época contemporánea, en la institución económica predominante, a saber, la gran empresa moderna. Al principio se trataba de una nueva asociación provisional de individuos que aunaban sus esfuerzos y capitales para una tarea común o para alguna expedición mercantil, y para asegurar precios no competitivos en la compra y venta de los productos respectivos. En la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, creada en 1602, el capital ya no estaba comprometido exclusivamente en un viaje o una actividad particular, sino que constituía la base permanente de todas las operaciones. Durante ese mismo periodo se constituyó la Compañía Británica de las Indias Orientales, institución que resultaría muy*

duradera (1600 a 1874) y en 1670 la corporación elegantemente denominada “Caballeros Aventureros Mercaderes de la Bahía de Hudson” (...). Por su parte la Compañía Francesa de las Indias Orientales obtuvo privilegios especiales en 1664. Estas compañías gozaron de auténticos monopolios concedidos para explotar las regiones que se les habían asignado o que habían escogido. El monopolio y el privilegio condujeron al conflicto, de tal manera que cada una de aquellas compañías se vio en la necesidad de resistir, mediante la amenaza del uso e incluso la utilización efectiva, de las armas, la penetración de los otras compañías dotadas también de privilegios de explotación monopolísticos similares. Esas compañías coloniales ejercían su actividad comercial monopolista en confrontación violenta, a menudo bélica²⁰⁰”. Así el gobierno de los Estados Generales de los Países Bajos concedió a la Compañía Holandesa de las Indias Orientales (VOC), “el derecho a ejercer todas las actividades comerciales al este del cabo de Buena Esperanza, así como una autorización para “librar guerras, celebrar contratos, tomar posesión de territorios y levantar fortalezas. Y la VOC defendió aquellos derechos a menudo mediante una lucha armada con los competidores de otros países. Era muy fácil pasar del negocio capitalista a la participación en la guerra. Había años en los que aquella sociedad obtenía la mayor parte de sus ingresos de los barcos enemigos o competidores de los corsarios”²⁰¹.

Las compañías coloniales dependían, para su fundación, de una decisión real que les podía conferir un estatus privilegiado, en el que se entremezclaban funciones económicas, administrativas y militares. Se corresponden con la primera época del capitalismo moderno de carácter esencialmente comercial, es el capitalismo mercantil o mercantilismo, que duró aproximadamente unos trescientos años, finalizando con el advenimiento de la Revolución Industrial, la Revolución norteamericana y la publicación de La Riqueza de las Naciones de Adam Smith²⁰². A la proliferación de los mercados y el protagonismo de los mercaderes se le sumaron el descubrimiento de América y del Lejano Oriente, con lo que se iniciaron las expediciones transoceánicas, especialmente para el tráfico de metales preciosos. “El gran flujo de plata y oro contribuyó a fijar la atención de mercaderes y gobiernos sobre estos metales y sobre las políticas más eficaces para incrementar su cantidad, ya fuera de su propiedad o bajo su control. Esto último, en particular, fue el elemento decisivo para la concepción y la política del mercantilismo”²⁰³.

La vinculación entre sociedad anónima y los mercados de valores, se muestra con característica globalidad en estas formas iniciales de sociedades anónimas. “Las acciones de los monopolios en el negocio de las colonias representaban una parte importante de los títulos que se comercializaban en las bolsas. El capital se consolidó como mercancía y los elementos especulativos que surgían entorno a él crecieron de forma explosiva. De este modo, no sólo aumentaron las perspectivas de obtener unos beneficios espectaculares, sino también el riesgo de sufrir enormes pérdidas, que pronto no solo afectaron a un pequeño número de capitalistas comerciales activos y profesionales, sino también a una cantidad creciente de pequeños y grandes inversores, procedentes de amplias capas de la población, que a lo largo del siglo XVII aprendieron en las metrópolis de la Europa occidental a buscar suerte en las bolsas, a apostar, a invertir y a especular”²⁰⁴.

3.2. Democratización, repliegue y proyección global de la sociedad anónima.

El registro de las subsiguientes compañías por acciones prosiguió durante finales del siglo XVII y principios del XVIII, y no solamente se ocuparon del comercio sino también del gobierno de los territorios conquistados. El derecho norteamericano de sociedades (corporate law) tiene su precedente en el derecho inglés, que se aplicó hasta la declaración de independencia de 1776. Por ello ha de comenzarse recordando que, respecto de los negocios mercantiles en Inglaterra, la “*incorporation*” con reconocimiento de la personalidad jurídica de las “*regulated companies*”, en cuanto “*joint-stock companies*”, no se produjo hasta el siglo XVII con el establecimiento de rutas comerciales tras el descubrimiento de América y la aparición mediante Royal Charters de las denominadas Overseas Trading Companies, siendo especialmente relevantes la Russian Company (1555) y la ya citada Compañía Británica de las Indias Orientales (English East India Company).

El comercio con las colonias de los nuevos descubrimientos daba a las companies el especial carácter antes ya señalado lo que unido a su sistema de creación, las singularizaba. No obstante “*se puede decir que las sociedades inglesas presentaban, frente a lo que sucedía en otros países europeos, un carácter esencialmente democrático. En este sentido, su “chárter” de constitución permitía el establecimiento de la normativa interna por decisión mayoritaria de sus miembros reunidos en Junta General que, como órgano principal y soberano, elegía anualmente a los administradores de la compañía. Asimismo el funcionamiento de la junta se guiaba por principios personalistas y no de capital, ya que el derecho de voto debía ser ejercitado personalmente por cada miembro y se limitaba el mismo a un único voto con independencia del porcentaje de participación en el capital*”²⁰⁵, circunstancia que se modificó posteriormente.

La extensión de la actividad de aquellas companies durante el siglo XVIII a las colonias norteamericanas no supuso la asimilación inmediata sino tardía de esas formas societarias. Así, “*tras la declaración de independencia de 1776, los estados americanos asumieron de forma tácita el poder que correspondía a la Corona inglesa para otorgar charters (...). La competencia en materia societaria siguió perteneciendo a los estados*”²⁰⁶. Inicialmente las corporations se crearon mediante²⁰⁷ decretos de los Parlamentos estatales, otorgándoseles personalidad jurídica y determinados privilegios. De esta forma, “*aunque se reconocía cierto margen a la autonomía privada, los estados creaban, con carácter general un modelo societario que respondía a una política jurídica orientada a la protección de tres grupos distintos: el público en general, los acreedores de la sociedad y los accionistas*”.

El incremento de constitución de companies que se produjo a finales del siglo XVIII, determinó que algunos Estados dictasen leyes de sociedades con objetos específicos y que en 1811 el Estado de New York, promulgase la primera ley de sociedades anónimas, que sirvió de ejemplo a otros Estados. “*A finales del siglo XIX, todos los estados, excepto Connecticut, Massachusetts y New Hampshire habían introducido modificaciones en sus Constituciones prohibiendo la creación de sociedades mediante decreto. La corporación pasó así de ser una creación “ad hoc” que servía de vehículo al estado para la concesión de monopolios a un pequeño grupo de inversores, a ser la configuración de una forma societaria, legalmente abierta, a través de la cual organizar la actividad mercantil*”²⁰⁸.

En el continente Europeo habrá de esperarse al Código de Comercio Francés para el reconocimiento de las sociedades por acciones como nuevo tipo social sin carácter privilegiado²⁰⁹. *“Las especiales características de las compañías coloniales, vinculadas necesariamente en su creación a una decisión real, mediante una ley que las confiere un status privilegiado, con funciones económicas mezcladas (...) con otras administrativas y militares, vinculadas a la colonización, hacen de ellas (...) entes con un matiz esencialmente público, que se vinculan por consiguiente con la monarquía absoluta y, por tanto, es lógico que no tengan razón de ser cuando desaparezca ésta”*²¹⁰.

3.2.1. Democratización.

En el siglo XVII la historia de Europa sufrió un cambio transcendental, que modulará hasta el presente la cultura y política occidental, y cuya nota histórica característica fue la reprobación del absolutismo (J. Locke). Irrumpe la Ilustración y con ella la reacción contra el monopolio comercial²¹¹, desapareciendo el antiguo orden. La exigencia de igualdad y la irrupción de la idea del contrato social (formuladas por J.J. Rousseau, en el “Discurso sobre la desigualdad de los hombres”, en 1754, y en el “Contrato social o Principios de derecho público”, en 1762), van a influir en los fenómenos revolucionarios subsiguientes, y especialmente, en la Revolución francesa, que tanto influjo tuvo, a la postre, en la concepción de la sociedad por acciones o anónima²¹².

Aquella circunstancia histórica va a determinar la radicación del principio de igualdad en el Derecho de sociedades anónimas²¹³, alcanzando a sus fusiones transfronterizas, deviniendo en principio caracterizador moderno de aquellas sociedades. Así como ejemplo de su permanencia y últimos desarrollos se establece que la Sociedad Anónima Europea (SE) *“recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social”*, afirma el Reglamento (CE) núm. 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). Por extensión aquel principio se instala en el gobierno y participación en las asociaciones en general, lo que conlleva su “democratización”²¹⁴. Todo ello es coherente con aquella la evolución filosófica, ideológica, moral o ética y política que aporta el fenómeno revolucionario, especialmente en su versión francesa a través de los Códigos Napoleónicos, debiendo insistirse en su influencia en las sociedades por acciones o anónimas²¹⁵.

En su origen la sociedad por acciones o anónima estuvo íntimamente ligada al Estado, circunstancia que va a influir a lo largo de toda su evolución, en un movimiento ondulatorio significativo según los momentos correspondientes a las grandes crisis económicas periódicas del sistema capitalista. En todo caso, ha de resaltarse que *“lo más interesante de ésta evolución es el paralelismo que mantiene con las ideas y los hechos políticos en Europa hasta la época actual en que la trayectoria vital de la sociedad anónima vuelve sobre sí misma. La organización aristocrática, encarnada en la desigualdad de derechos y en la preponderancia de los grandes accionistas y de los directores de la sociedad, desaparece con el sistema francés de las disposiciones normativas*

(...). *Al compás de la evolución política, la sociedad anónima no sólo se libera de la intervención estatal, sino que se hace democrática (...), adopta la fisonomía de un pequeño estado; pero no ciertamente del Estado absoluto del siglo XVII, sino del democrático del siglo XIX*²¹⁶.

Esto es, con el liberalismo político y económico “*el aspecto inpublicista (de la sociedad anónima) del período anterior cambia radicalmente*”²¹⁷. De tal manera que, “*paralelamente a la evolución política, la sociedad anónima se democratiza y liberaliza en el siglo XIX. Se manifiesta esta democratización en un triple sentido: primero, porque se libera de la intervención estatal en su nacimiento (...); segundo, porque se exalta la junta general de accionistas al rango de órgano soberano (...); tercero, porque en la vida de la sociedad rige el principio de igualdad de derechos para todos los accionistas. El Código de comercio francés de 1807, en su artículo 34, formula limpiamente este principio al declarar iguales las acciones, o de “valor igual”*”²¹⁸. En aquel código se reconoce a la sociedad anónima²¹⁹ como un nuevo tipo social²²⁰, estableciéndose el principio de responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales (artículo 33), sometiéndose su constitución a autorización administrativa.

La “caracterización de la sociedad anónima (corporation) y su regulación por el Derecho estadounidense ha experimentado, en función de la naturaleza del acto en el que tiene su origen, una evolución que va desde la denominada “*teoría de la concesión*” (“*concession theory*”) hasta la “*teoría del contrato*” (“*contract theory*”) (...). El hecho de que en una primera etapa la creación de una corporation pudiera llevarse a cabo exclusivamente a través de la aprobación de un *chárter* por el parlamento estatal, hizo que la misma fuese considerada como un “*privilegio*” una concesión del estado que permitía a los propietarios e inversores ejercer la actividad comercial bajo esta forma societaria. Con posterioridad, el aumento y estandarización de esta forma societaria hizo que la corporation dejarse de considerarse como un privilegio concedido a unos pocos y pasare a ser considerada como un contrato entre la propia sociedad y el Estado. Finalmente, con la promulgación de las primeras leyes de sociedades anónimas a finales del siglo XIX, en las que, si bien con ciertas restricciones en cuanto a su objeto, capital y duración, se concedía libertad a los particulares para la constitución de una corporation comenzó a destacarse el carácter privado y asociativo de esta figura y la misma pasó a considerarse un contrato entre los accionistas”²²¹.

El Código de Comercio Español de 1829 reguló la sociedad anónima conforme al modelo del Código de Comercio Francés, bien que no exigiese la concesión o autorización administrativa para su fundación, requiriendo no obstante, en su artículo 293 y salvo que gozase de algún privilegio o concesión real, el examen de su constitución por los tribunales de comercio (“*las escrituras de su establecimiento y de todos los reglamentos que han de regir para su administración y manejo directivo y económico, se han de sujetar al examen del tribunal de comercio donde se establezca*”). Tras la Ley de 10 de septiembre de 1831, las acciones de las sociedades anónimas comenzaron a cotizar en Bolsa, surgiendo los primeros escándalos vinculados a una especulación desenfrenada (“*agiotaje inmoral, ilícito y funesto*”), lo que dio lugar a la aprobación por Real Decreto de 20 de junio de 1845 de la Ley provisional de la Bolsa de Comercio de Madrid.

3.2.2. Repliegue

En nuestro país la Ley de 28 de enero de 1848 sobre compañías por acciones, y su Reglamento de 17 de febrero del mismo año, pretendieron resolver la problemática antes enunciada, estableciendo un control riguroso para la constitución de sociedades por acciones, al extremo de que no se podía “*constituir ninguna compañía mercantil, cuyo capital se divida en todo o en parte en acciones, sino en virtud de una ley o de un real Decreto*” (artículo 1). Aquella ley, supuso “*un exceso de intervencionismo por parte del gobierno*”²²² en la sociedad anónima, afirmando y reconociendo sus beneficios, pero desmesurando sus riesgos. No obstante, se le reconocía su condición de medio adecuado para la acumulación de capitales, al extremo de producirse en ella “*una equiparación entre sociedades por acciones y sociedades cotizadas*”.²²³

Las cautelas establecidas por la ley de 1848, representan un acontecimiento jurídico normativo que lejos de ser anómalo se va a reproducir en sucesivas regulaciones hasta nuestros días²²⁴. Muy especialmente, van a influir decisivamente en el sistema posterior de “disposiciones normativas”, exigiéndose la autorización administrativa para aquellas sociedades anónimas que realicen determinadas actividades, especialmente las relacionadas con la economía financiera, pudiéndose establecer un paralelismo entre aquellas exigencias iniciales y las circunstancias que las motivaron, con las exigencias actuales especialmente impuestas a las sociedades anónimas relacionadas con la economía financiera, y su exacerbación tras la crisis, económica y financiera, global de 2008.

Tras la revolución de 1868 se derogó, mediante Decreto de 28 de octubre de aquel año, la ley de 1848 y toda su normativa de desarrollo referida las sociedades anónimas, y se excluyó la necesidad de cualquier tipo de autorización para la constitución de cualquier tipo de sociedades anónimas. Con más claridad mediante la Ley de 19 de octubre de 1869 se declaró la libre constitución de bancos, sociedades de crédito y demás asociaciones que tuvieran por objeto cualquier empresa industrial o de comercio. Aquella ley, justamente considerada de un liberalismo radical, supuso una auténtica eclosión del tipo sociedad anónima, dada la limitación de responsabilidad que otorgaba a sus socios, que tuvo continuidad con la regulación del Código de comercio de 1885, la ley de 1951²²⁵, en la que ya se regula, con carácter general²²⁶, la fusión de sociedades anónimas²²⁷.

3.2.3. Expansión global.

La sociedad anónima, la “gran máquina del siglo XIX”, según se indicaba en la exposición de motivos del Decreto de 1868²²⁸, siguió siéndolo en el siglo XX y lo continúa en el presente siglo XXI. “*Puede afirmarse que el principio de limitación de responsabilidad propio de las sociedades de capital está en buena medida en el origen del desarrollo económico de los tres últimos siglos. En el fondo, este principio de limitación de la responsabilidad se configuró como un incentivo a la actividad empresarial y a la inversión. El legislador incentivaba la puesta en riesgo de determinados capitales garantizando que dichos capitales serían la pérdida máxima del inversor, sin posibilidad de contagio a su*

*patrimonio personal*²²⁹. Se puede constatar en este sentido una continuidad de sus notas esenciales²³⁰, sin perjuicio de los desajustes regulatorios derivados del desarrollo del sistema económico en la “era de las finanzas”²³¹.

La “expansión de la sociedad anónima que se ha visto confirmada posteriormente cuando, tras su desarrollo constante, se consolida como titular de la gran empresa, tanto cuando aparece aislada, como cuando de manera más frecuente forma parte de un grupo de sociedades que potencia su presencia como motor de la actividad económica y asume el papel de “operadora económica protagonista del mercado” (...). El incremento de la importancia de éstas sociedades en la vida social y otros factores, en los que no están ausentes los cambios políticos de la primera mitad del siglo XX, llevan consigo un cambio importante en la evolución del régimen de la sociedad anónima (...). No es preciso insistir en este fenómeno de la socialización o “nacionalización” de la gran sociedad anónima que con mayor o menos intensidad se ha desarrollado a lo largo de buena parte del siglo que acaba de terminar, con el retroceso de esa tendencia hacia la privatización de la sociedad anónima”²³².

La impronta global de la sociedad anónima acompaña a la globalización de los mercados financieros, que también demandan regulación global²³³ y se pone de manifiesto en la preeminencia económica de las sociedades cotizadas y en sus fusiones transfronterizas. Las sociedades anónimas cotizadas, abiertas o públicas, ha alcanzado un acusado protagonismo con la actual “financiarización”. Efectivamente, con el predominio de los mercados financieros, capitalismo financiero y de inversores, se ha producido una separación de las sociedades anónimas de los contextos económicos, cuya característica más relevante es la atención preponderante a los precios de los valores en esos mercados, su evolución y prospectivas, atendiendo a un contexto mundializado, pudiendo conllevar determinadas decisiones relativas a fusiones transfronterizas de sociedades anónimas cotizadas, riesgos sistémicos de tal magnitud que, si se extienden a otras decisiones financieras (inversión y desinversión) podrían llegar incluso a cuestionar la viabilidad de determinados sistemas económicos o, en sentido inverso, se requieran fusiones transfronterizas de determinados operadores económicos, con forma de sociedades anónimas cotizadas, para evitar crisis sistémicas de aquella magnitud.

El desarrollo de la economía norteamericana a principios del siglo XX “*hizo que aumentara en gran medida tanto el número de sociedades, como la dimensión de las mismas y que las grandes corporations pasaran a convertirse en entidades con un gran poder, no sólo económico sino también político y social*”²³⁴, lo que determinó la promulgación de leyes antimonopolio (Sherman Act y Clayton Act). El crack de la Bolsa de New York de 1929 conllevó la aprobación de la Securities Act en 1933 y la Securities and Exchange Act en 1934, con efectos transcendentales en materia societaria. El resultado ha sido una *corporation* polivalente y multifacética (*close corporation vs. public corporation/closely held corporation vs. publicly held corporation*). En todo caso caracterizadas, fundamentalmente, por el sentido dispositivo de su normativa reguladora, y predominio de la autonomía de la voluntad²³⁵ de los fundadores (*promoters*) primero, y de los socios posteriormente. El protagonismo de los mercados de valores en relación con las sociedades cotizadas norteamericanas²³⁶ ha colaborado y determinado su globalización.

¹⁸⁶ Siguiendo a SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad Cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), pp. 40-62.

¹⁸⁷ “Desde una perspectiva económica, la fusión es un procedimiento de concentración de empresas, que viene impuesto por la permanente (y cada vez más intensa) necesidad de adaptación al entorno económico en el que éstas desarrollan su actividad. Hace más de medio siglo, en uno de los primeros trabajos que se ocuparon en nuestro país de la fusión de las sociedades mercantiles, afirmaba URÍA que “la fusión de sociedades mercantiles constituye un aspecto parcial del fenómeno más amplio de concentración de empresas propio del capitalismo moderno”. Los motivos concretos determinantes de la fusión pueden ser variados, pero, en último términos, la lógica económica de la operación responde a la idea de que el resultado es superior a la suma de las partes”, precisa SÁNCHEZ RUS, E., “*La Fusión Transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho Español*”, RDM núm. 237, Julio-Septiembre, 2000, pp. 1029-1030; “La sociedad anónima ha sido objeto de los mayores elogios, como el fundamento jurídico de las organizaciones origen del capitalismo moderno, con su secuela de vertiginoso progreso económico”, afirma DE CASTRO, F., “*La persona jurídica*”, Civitas S.A., Madrid 1981, p. 204, sin perjuicio de efectuar una severa crítica a su “hermetismo”, pp. 216-229, atribuirle protagonismo en la “deformación del concepto de persona jurídica”, pp. 229-236, y en la crisis de la persona jurídica, derivada de haberse “subordinado la concepción de persona jurídica a la Sociedad anónima”, si bien acaba considerándola como persona jurídica “perfecta”, en p. 267.

¹⁸⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad Cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 39.

¹⁸⁹ ALONSO, J. A., y GARCIMARTÍN, C. op. cit. (*Acción colectiva y desarrollo. El papel de las instituciones*), pp. 68-69, y que previamente, pp. 60-64.

¹⁹⁰ KOCKA, J., op. cit. (*Historia del capitalismo*), p. 73, que añade “por ejemplo, existen bolsas de valores desde 1531 en Amberes, desde 1611-1612 en Ámsterdam y desde 1698 en Londres”, habiendo indicado, en p. 68, que “aproximadamente hasta el año 1500, el capitalismo adoptó fundamentalmente la forma de capitalismo comercial que apenas tuvo efectos sobre la economía y la sociedad en general. En los tres siglos posteriores, sin embargo se produjo una expansión fundamental: en primer lugar, en un sentido espacial, con un nuevo sistema de comercio mundial; en segundo lugar fronterizo, si consideramos que el sistema se adentró en el ámbito de la producción; y, por último social, dada su mayor importancia, sobre todo en los Países Bajos y en Inglaterra. La concepción que la gente tenía de este sistema cambió, por lo general para mejor”. Añadiendo en pp. 73-74 que, “mientras hasta el siglo XVI lo habitual era que las empresas mercantiles adoptasen la forma de sociedades personalistas, en las que un pequeño número de trabajadores hasta cierto punto autónomos y comerciantes se reunían durante un tiempo muy limitado, con la VOC nació una auténtica sociedad capitalista. Su enorme capital, de 6,45 millones de florines, era producto de la aportación de 219 socios, cada uno de ellos con responsabilidad limitada, que recibían dividendos con regularidad (un 18% anual, de media), pero tenían escasa influencia en la dirección de la empresa. La VOC se mantuvo hasta 1799, pero a lo largo de su historia los socios fueron cambiando. Aquello era posible porque sus participaciones podían ofrecerse en las bolsas, recién nacidas. La supervisión de la sociedad correspondía a sus directores, que mediante un sofisticado sistema de comités y una aportación constante de información desde Ámsterdam, además de la ayuda de una oficina central que pronto contó con trescientos cincuenta empleados, controlaba aquella extensa organización, constituida en forma vertical y con numerosas representaciones exteriores (sobre todo en Asia). La sociedad se dedicaba a la compra, el transporte y la venta de una amplia gama de productos, pero de cuando en cuando también trabajaba en la producción, por ejemplo incorporando fábrica de nitrato o hilos de seda de la India”.

¹⁹¹ “Las acciones de los monopolios en el negocio de las colonias representaban una parte importante de los títulos que se comercializaban en las bolsas”, afirma KOCKA, J., op. cit. (*Historia del capitalismo*), p. 76.

¹⁹² Indica SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad Cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), pp. 39-40.

¹⁹³ Afirma ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., “*España. Biografía de una nación*”, Espasa Libros, S. L.U., Madrid 2010, p. 176,

¹⁹⁴ PALACIO ATARD, V., “*Manual de Historia Universal*”. t. III, Edad Moderna, Espasa-Calpe, S.A., Madrid 1959, p. 61.

¹⁹⁵ PALACIO ATARD, V., op. cit. (*Manual de Historia Universal*), p. 62; Sobre la compañías coloniales GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de Sociedades Anónimas*), pp. 3-8; RUBIO, J., “*Curso de Sociedades Anónimas*”, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1964, pp. 6-11.

¹⁹⁶ PALACIO ATARD, V., op. cit. (*Manual de Historia Universal*), p. 502.

¹⁹⁷“El instrumento de la expansión colonial, y a la vez el origen de las sociedad por acciones moderna, surge de la confluencia de las formas asociativas económicas con el concepto de personalidad jurídica elaborado en el campo del derecho público, que se produce en la segunda mitad del siglo XVI y en el XVII, a través de la constitución de compañías privilegiadas, consagradas a actividades mercantiles, dotadas a la vez de privilegios y con un acento público. Debiendo al acto de autoridad, al que está subordinada su constitución, la concesión de personalidad jurídica”, afirma ASCARELLI, T., “*Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*”, Studia Albornotiana-Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1964op. cit. (*Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*), p. 55.

¹⁹⁸KOCKA, J., op. cit. (*Historia del capitalismo*), p. 74. La vocación global se puede atribuir por las circunstancias concurrentes en la expansión del capitalismo, con generalidad, a esas iniciales sociedades capitalistas, así indica el mismo autor en pp. 74-75 :”Pero no solo la ingente necesidad de capital y la complejidad de los servicios que había que prestar explican el nacimiento de esta organización única (refiriéndose a la VOC); también hay que tener en cuenta las necesidades políticas del gobierno de aquellos tiempos en los que los negocios, la política y la violencia estaban estrechamente vinculados entre sí y la feroz competencia entre los estados se convertía a menudo en un obstáculo para que se desarrollara la competencia entre empresas de un mismo país. La VOC nació como una unión de comerciantes y sociedades mercantiles de todas las provincias de los Países Bajos ante la presión del gobierno, como una concentración de recursos en medio de la competencia internacional. Lo mismo cabe decir de otras sociedades mercantiles de la época, como la East India Company de Inglaterra, mucho más pequeña, que se mantuvo entre 1600 y 1858, o como la neerlandesa West-India Company y otras similares que surgieron, por ejemplo, en los países escandinavos”.

¹⁹⁹ PALACIO ATARD, V., op. cit. (*Manual de Historia Universal*), p. 503.

²⁰⁰ GALBRAITH, J. K., op. cit. (*Historia de la Economía*), p. 54; Sobre los antecedentes y régimen de las compañías coloniales, GARRIGUES, J., op. cit. (*Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, v. 2º), pp. 606-617.

²⁰¹ KOCKA, J., op. cit. (*Historia del capitalismo*), p. 74.

²⁰² Indica GALBRAITH, J. K., “*Historia de la Economía*” (5ª edición), EDITORIAL ARIEL, S. A., Barcelona 1991, p. 43.

²⁰³ GALBRAITH, J. K., op. cit. (*Historia de la Economía*), p. 48.

²⁰⁴ KOCKA, J., op. cit. (*Historia del capitalismo*), p. 76; PANIZZA, R., “*La especulación*”, Oikos-TAU, Barcelona 1990, pp. 11 y 12, destaca, con referencia a los siglos XVI y XVII, y en relación con decadencia de las bolsas, especialmente las de Amberes y de Lyon, y el desarrollo de otros mercados como el de Ámsterdam, con el comienzo de la negociación de las acciones de la Compañía holandesa de las Indias orientales, que: “muchos especuladores operaban “al descubierto”, sin poseer títulos ni dinero, confiando únicamente en las eventuales fluctuaciones del mercado durante aquel lapso de tiempo que corre entre la firma del contrato y la efectiva liquidación del mismo. Quien vendía a un precio determinado sin poseer las acciones esperaba una futura disminución del precio a fin de cubrirse a un coste inferior, y quien compraba a plazo sin poseer dinero confiaba en poder vender al contado los mismos títulos a un precio más elevado antes del día fijado para la efectiva liquidación”.

²⁰⁵ GUERRA MARTÍN, G., “*El gobierno de las sociedades cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*”, RdS, Monografía, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 43 y, en la misma página, Nota 10.

²⁰⁶ GUERRA MARTÍN, G., op. cit. (*El gobierno de las sociedades cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*), pp. 45-46.

²⁰⁷ GUERRA MARTÍN, G., “*El gobierno de las sociedades cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*”, p. 48.

²⁰⁸ GUERRA MARTÍN, G., “*El gobierno de las sociedades cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*”, p. 49; Indica ALEMÁN LAIN, P., “*Función del valor nominal en las acciones. Una aproximación desde el Derecho Norteamericano*”, RdS, Monografía, Thomsom Reuters- Aranzadi, S.A., Cizur Menor, (Navarra), 2003, p. 54, que “el triunfo del sistema de disposiciones normativas determinó una reconsideración de la corporación desde la nueva perspectiva que daba el régimen fundación basado en la libertad de empresa y la propiedad privada como fundamento último de la regulación. De ahí que las instituciones el contrato y la propiedad aparecieran en los Estados Unidos como elementos fundamentales de la construcción del Derecho de corporaciones y particularmente del régimen del capital durante la privatización. Sin embargo, propiedad y contrato adquirirán una significación propia en la conformación de le

estructura jurídica de la corporación moderna por razón del peculiar proceso de privatización norteamericano”.

²⁰⁹ DE CASTRO, F., “*La persona jurídica*”, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1981, pp. 24-29, afirma que la sociedad anónima “aparece en la historia de Derecho abrupta repentinamente sin antecedentes ni justificación jurídica”, criticando aquel devenir, generalmente aceptado, desde las “sociedades por acciones nacidas en los distintos países por concesión real”, precisando que “el influjo de las finanzas en el mundo decimonónico hizo que ésta nueva y anómala figura se aceptase en todos los países”, y que “la admisión de la sociedad anónima entre la personas jurídicas fue decisiva para el desarrollo de la Sociedad Anónima en el mundo económico moderno; en cambio ha sido la causa determinante de la crisis de la persona jurídica en la moderna dogmática”, en pp. 34-35, afirma que queda así, al descubierto y en toda su desnudez, el artificio de la Sociedad Anónima y brota irremediablemente la interrogante sobre su justicia: ¿Cómo se justifica que quienes no se expone a ningún riesgo especial, ni buscan el general beneficio, quienes sólo persiguen enriquecerse a costa de los demás, reciban gratuitamente la ventaja de que su patrimonio quede exento de responsabilidad? Y si no es la pluralidad de accionistas quienes dirigen la sociedad ¿cómo se explica que se otorgue una patente de irresponsabilidad -por actos propios- a quien verdaderamente es el dueño de la sociedad?”, discutiendo sobre algunos de los “privilegios” que “van unidos a la existencia de la Sociedad Anónima” en pp. 63-66, “de lo que resultará en la multiplicación, en progresión geométrica, del poder de los financieros”, y dejando claro la esencialidad del carácter global y transfronterizo de la sociedad anónima, tratando sobre el papel central de la sociedad anónima en los avatares y crisis de concepto de persona jurídica especialmente pp. 212-221, 241-249; Indica GUERRA MARTÍN, G., op. cit. (*El gobierno de las sociedades cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*), pp. 68-69, “con independencia del acto jurídico que diera lugar a su creación la corporation, en cuanto incorporated form o “forma incorporada”, ha sido también considerada tradicionalmente en el Derecho estadounidense frente otras formas asociativas denominadas unincorporated business forms o formas no incorporadas, como una legal entity o artificial person, es decir, como una entidad a la que se le reconoce personalidad jurídica distinta de la de sus miembros, ya la que se le atribuyen derechos y privilegios propios de las personas físicas. Este aspecto institucional de las corporaciones ha sido afirmado tanto por los tribunales como por los distintos legisladores. Así, en el plano jurisprudencial, el Juez Marshall afirmaba en el caso Dartmouth College v. Woodward (1819), en una frase ya clásica, que una corporation es “un ser artificial, invisible, intangible y que existe sólo en virtud del Derecho”. Por lo que se refiere a los textos legales, la caracterización de la sociedad anónima como una “entidad legal” ha sido recogida, en primer lugar por la propia Constitución de los Estados Unidos”.

²¹⁰ Precisa SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad Cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 40.

²¹¹ “Una característica notable del siglo XVIII es el surgimiento de una fuerte reacción contraria al monopolio comercial en toda Europa, reacción que animara a múltiples intentos reformistas –de las colonias, entre otros objetivos- llevado a cabo por los representantes de la Ilustración en el continente”, afirma RODRÍGUEZ BRAUN, C., “*La cuestión colonial y la economía clásica*”, Alianza Editorial, S.A., Madrid 1989, p. 27.

²¹² Sobre los períodos en la reglamentación de la sociedad por acciones, GARRIGUES, J., op. cit. (*Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, volumen 2º*), pp. 617-622.

²¹³ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*), p. 433, indican p. 437, que “la L. S. C. ha recogido este principio en el art. 97 que declara que “La sociedad deberá dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas”. La LME., ya introdujo expresamente en la LSA., mediante el nuevo artículo 50 bis el principio de igualdad de trato de los accionistas “que se encuentren en condiciones idénticas”. La Ley 25/2011, ha introducido el principio de igualdad de trato en el marco de la junta general de las sociedades cotizadas, si bien contiene una redacción distinta a la del artículo 97 LSC, utilizando en lugar de “condiciones idénticas” como hace éste, “en la misma posición” (art. 514)”, y en p. 620, que “la igualdad de trato que proclama el artículo 514 LSC. está limitada a la efectividad de determinados derechos de los accionistas en relación con la Junta. Se trata de los derechos de información, de participación y de voto, que encuentran precisamente matizaciones en el régimen aplicable a las sociedades cotizadas, frente a su delimitación general por la LSC. Al igual que hace el artículo 97, para todas las sociedades de capital, el artículo 154 LSC formula la igualdad de trato como principio relativo: debe ofrecerse a aquellos accionistas que están en una misma posición, término que apunta a que ésta paridad pueden requerirla aquellos accionistas que en función de su participación en el capital o de su actuación en la convocatoria, preparación o celebración de la Junta, ocupan posiciones idénticas frente a la sociedad”; Sobre el tema MATEU DE ROS CEREZO, R., “*Principio de igualdad de trato de los accionistas conforme a la Ley 3/2009: Accionistas significativos, derechos políticos y representación proporcional*”, RMV, núm. 5, 2009, p. 74, en relación con el artículo 50 bis introducido por la Ley 3/2009, de 3 de abril, disposición final primera, Nueve; También

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., “*El principio de igualdad de los accionistas y exclusión del derecho de suscripción preferente*”, RDM, núm. 24, octubre-diciembre 2009, p. 1482.

²¹⁴ “La evolución hacia la forma actual de la sociedad anónima se inicia a partir de la Revolución francesa bajo la presión de los postulados del capitalismo liberal (...). Nuestro Código de 1829, más progresivo que el francés, se limitó a exigir la aprobación de las escrituras fundacionales por los Tribunales de comercio, y en él aparece ya, privatizada, la sociedad anónima en todo lo relativo a su organización y funcionamiento, desaparecen los privilegios, desaparece la injerencia del Estado en la vida social, y ésta se va a regir democráticamente por la voluntad de los socios en régimen de igualdad de derechos”, indica URÍA, R., “*Derecho Mercantil*”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 228; Precisa PEÑAS MOYANO, B., op. cit. (*Las clases de acciones como instrumentos financieros en los Derechos de Sociedades Británico y Estadounidense*), pp. 65-66, “en el derecho de sociedades británico (...), en lo que hace al contenido jurídico de las acciones de una concreta , company, existe la presunción de que todas las acciones confieren a sus titulares los mismos derechos y les imponen idénticas obligaciones”, y más adelante, en p. 175, “se presume que todas las acciones en las que se divide el capital de una concreta compañía tienen igual rango y, consecuentemente, disfrutan del mismo contenido jurídico; por ello, los derechos que atribuyen a sus titulares y las obligaciones que les imponen son iguales en naturaleza y extensión”, y en p. 281, que “diferentes clases de acciones apelan a diferentes tipos de inversores”.

²¹⁵ GARRIGUES, J., op. cit. (“*Tratado de Derecho Mercantil*”, t. I, v. 2º), pp. 622-624; op. cit. (*Hacia un nuevo Derecho Mercantil*) p. 28; op. cit. (*Curso de Derecho Mercantil*), pp. 359-360; Al “principio de decisión democrática o régimen mayoritario de los órganos sociales”. Debe repararse en la afirmación que efectúa aquel autor en “*Nuevos Hechos. Nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*”, Civitas, Madrid 1998 (reproducción de la edición de 1933), p. 7, según la cual “para obtener una visión clara de los problemas actuales hay que arrancar del origen de la sociedad anónima siguiendo en síntesis rapidísima su evolución conceptual. Lo más interesante de esta evolución es el paralelismo que mantiene con las ideas y los hechos políticos en Europa, hasta quebrarse en la época actual”; En el “*Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*”, de fecha 14 de octubre de 2013, elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 (el Consejo de Ministros acordó, el 10 de mayo de 2013, crear una Comisión de Expertos para la elaboración de un estudio en el que analizase la situación del buen gobierno de las sociedades en España y propusiese cuantas medidas permitan mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas, con el objetivo de alcanzar el más alto nivel de cumplimiento de los criterios y principios internacionales de buen gobierno), se “considera fundamental: revitalizar el funcionamiento de las juntas generales y la participación de los accionistas”. (Apartado 3.1.c), abogando por “reforzar la función de la junta y abrir cauces para fomentar el activismo accionaria”, recordando “que la facultad de instruir del colectivo de los accionistas está llamado a cumplir un papel incluso en las sociedades cotizadas, en las que puede servir de instrumento para combatir algunos problemas de agencia entre accionistas y ejecutivos”, y reclamando generalizar la posibilidad de que la junta general de las sociedades de capital puedan “impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión”, alude GARRIDO DE PALMA, V. M., “*Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*”, en “*Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*”, T. II, (*Sociedades Mercantiles*), Civitas, Madrid 1996, p. 1876; SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*), pp. 333-334, vincula los mandatos constitucionales de gobierno democrático y e igualdad a la “libertad de asociación (artículo 22), bajo la que se ampara la constitución de sociedades”.

²¹⁶ GARRIGUES, J., op. cit. (*Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, v. 2º), pp. 622-623.

²¹⁷ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*), p. 12.

²¹⁸ GARRIGUES, J., op. cit. (*Hacia un nuevo Derecho Mercantil*), p. 26.

²¹⁹ Denominada “société par actions”, en el proyecto y que fue sustituida por “société anonyme”.

²²⁰ Afirma GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 73, que “las sociedades anónimas no pasan a las fuentes mercantiles hasta la Codificación. No obstante su destino será integrarse con los demás tipos mercantiles de sociedad, a pesar de haberse configurado al margen de los textos jurídico-mercantiles históricos. Pues bien desde el punto de vista de su concepto, la sociedad anónima no se puede conformar por referencia a la sociedad civil, en sentido restringido. No es un subespecie de “Sociedad” : es una “Corporación”;

²²¹ GUERRA MARTÍN, G., op. cit. (*El gobierno de las sociedades cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*), p.p. 67-68; Sobre la evolución del Derecho de sociedades británico,

PEÑAS MOYANO, B., op. cit. (*Las clases de acciones como instrumentos financieros en los Derechos de Sociedades Británico y Estadounidense*), pp. 47 ss.

²²² SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad Cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 45.

²²³ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad Cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 48.

²²⁴ Como precisa SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad Cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 51: Las *cantelas* de la ley de 1848 “se reproducen, no en el Código de comercio de 1885, sino en las grandes reformas de la regulación de las sociedades por acciones del siglo XX, lo que se manifiesta mediante el denominado sistema de las “disposiciones normativas” y por medio de la vigilancia y en control administrativo de ciertas sociedades anónimas en especial las cotizadas (...), esta ley apuntaba determinados aspectos sobre el régimen sustantivo de la sociedad de carácter imperativo, que se impusieron posteriormente en el régimen de las disposiciones normativas de las sociedades anónimas”.

²²⁵ Atendiendo al tenor de la Ley de 1951, GARRIGUES, J., y Uría, R., “*Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*” T. I, Madrid 1976, p. 109, definen a la sociedad anónima como “aquella sociedad capitalista que, teniendo un capital propio dividido en acciones, funciona bajo el principio de responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales”; sobre los requisitos constitutivos de la sociedad anónima en nuestro Código de comercio de 1929, periodo intermedio y en el Código de comercio de 1885, TAPIA HERMIDA, A., “*Artículo 7º*”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (dirigidos por Fernando Sánchez Calero), F., t. I, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid 1997, pp. 209-221.

²²⁶ A fusiones especiales se refería el Código de Comercio de 1885, en sus artículos 175.4, 188 y 189, la STS, Sala Primera, de 23 de marzo de 1920 hubiera definido la fusión diciendo que se producía “cuando dos sociedades convienen en poner en común el activo, el pasivo, los bienes y metálico de cada una para proseguir la industria a la que venían dedicadas, constituyendo una nueva entidad mercantil que disfruta de personalidad legal” (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 149, 1920), a la “absorción aludían la Ley de 10 de noviembre de 1942, en su artículo segundo y la Orden de 27 de febrero de 1947, del Ministerio de Hacienda, en su artículo 1.b). 8.A).e), tercer apartado, y B).d);

²²⁷ Se afirma en preámbulo o exposición de motivos, apartado VII, de la de la Ley de 17 de Julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas: “Se ordena parcialmente el fenómeno de la fusión de sociedades, contemplando exclusivamente aquellos supuestos que giran en torno a la sociedad anónima como forma externa de la empresa única resultante de la gestión. En este punto, la carencia de precedentes legislativos españoles obligaba a proceder con sumo tiento ofreciendo cauce fácil y sencillo para tal desarrollo práctico de las operaciones de cesión al tiempo que garantiza adecuadamente los derechos e intereses de todas clases que puedan resultar afectados por esas operaciones. Se admite la fusión por el doble sistema de incorporación, de una o más sociedades a otra anónima ya existente o mediante creación de una anónima nueva sobre la base de dos o más sociedades que se existen al fundirse, y para ambos supuestos se declara que la fusión se realizará traspasando en bloque el patrimonio activo y pasivo de las sociedades extinguidas a la nueva o supérstite, porque de no aceptar ese principio, habría que fraccionar en cada caso la transmisión patrimonial en los singulares negocios jurídicos aptos para transferir aisladamente los diferentes elementos patrimoniales de una sociedad a otra. Más como la fusión no solamente es confusión de patrimonios, sino también agrupación de socios pertenecientes a entidades distintas, se busca ese efecto obligando a entregar a los socios de las sociedades disueltas acciones de la sociedad que personalice la fusión, en proporción a las respectivas participaciones que tuvieran aquéllas. Y dibujado así el perfil jurídico de la fusión, habría que poner especial cuidado en regular las formalidades y los requisitos necesarios para realizarla, porque una operación de tanta importancia no puede quedar abandonada al simple arbitrio de quienes la promuevan, al propio tiempo que habrían de protegerse los intereses de los acreedores de las sociedades fusionadas, montando un sistema que, en esencia, consiste en prohibir que se realicen las operaciones de fusión antes de que transcurran tres meses, contados desde la fecha del último anuncio de aquella en el BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO y en los periódicos de mayor circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio, con lo cual los acreedores disponen de un plazo suficiente para reflexionar si les conviene mantener sus derechos frente a la nueva sociedad deudora o, por el contrario, prefieren que sus créditos sean asegurados o satisfechos por entero”. A los artículos 142-149 de aquella ley habrían de añadirse los artículos 132-137 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956; LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), p. 113, precisa que “hasta la ley de 1951 no existió en España un régimen general de la fusión de sociedades. Este texto marca, pues, un antes y un después en el acontecer legislativo de nuestra institución”, bien que precise. En Nota 157 modere el rigor de su afirmación precisando que se efectúa, “si prescindimos del Reglamento del Registro Mercantil de 1919”, que la regulaba solamente a efectos registrales. Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, reguló la fusión en línea con lo que

hacían las legislaciones que la regulaban, precisa SEQUEIRA MARTÍN, A., “*La fundación de una sociedad anónima mediante fusión*”, en Derecho de Sociedades Anónimas, t. I, La fundación, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1991, p. 916; El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, inicialmente prevenía la refundición también de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, lo que finalmente no se produjo, como precisa QUIJANO, J., “*Proceso de elaboración de la ley de sociedades de capital*”, en Comentario a la Ley de sociedades de capital, t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, pp.159 y 162.

²²⁸ “El Decreto de 28 de octubre de 1868, en su exposición de motivos que respira ampliamente la creencia en el ilimitado poder de la autonomía de la voluntad, tras lamentar que la ley de 1848 y sus disposiciones reglamentarias hayan reducido “a la impotencia una fecundísima máquina económica” que es la sociedad anónima y de identificar que tal legislación antieconómica al poner trabas al comercio y a la industria dificulta la constitución de compañías y adormece “a los accionistas en una mortal confianza” con la pretensión de sustituir el celo verdaderamente interesado del individuo por el celo oficial, afirma que mediante el desarrollo del espíritu de asociación y el aprendizaje de “los accionistas lo que es una Compañía por acciones”, consentirá a ésta, que denomina de forma reiterada como la “gran máquina del siglo XIX”, perfeccionarse por sí sola sin que el Estado haga otra cosa que respetar derechos y administrar justicia”, indica SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad Cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), pp. 56-57, que añade, en p. 57, “esta calificación de la sociedad anónima como la “gran máquina del siglo XIX”, que utilizó la exposición de motivos del Decreto de 1868 (...), se reiteraría y la haría famosa Ripert ochenta años después denominándola como “máquina jurídica”, tras considerarla como un maravilloso instrumento creado “por el capitalismo moderno para recolectar el ahorro con el fin de la fundación y explotación de empresas. Expansión de la sociedad anónima que se ha visto confirmada posteriormente cuando, tras su desarrollo constante, se consolida como titular de la gran empresa, tanto cuando aparece de forma aislada, como cuando de manera más frecuente forma parte de un grupo de sociedades que potencia su presencia como motor de la actividad económica y asume el papel de “operadora” económica protagonista del mercado”; “La aparición de las sociedades anónimas con responsabilidad limitada (...) se considera una de las mayores innovaciones institucionales en la historia de los negocios”, indica DASGUPTA, P., “Economía. Una breve introducción”, Alianza Editorial, S. A., Madrid 2009, p. 182.

²²⁹ Se afirma en la Exposición de Motivos, apartado I, párrafo séptimo, del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

²³⁰ Indica SÁNCHEZ CALERO, F., “*Artículo 1º*”, en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1997, p. 7, “Junto a la indiferencia del objeto social para ser calificada la sociedad anónima como sociedad mercantil (...) son notas características de la sociedad anónima: 1. La división del capital, que ha de tener un cuantía mínima, en acciones. 2. La integración del capital por las aportaciones de los socios. 3. La ausencia de responsabilidad de los socios por las deudas sociales. La organización corporativa de la sociedad, que implica un fin duradero y que trasciende a la individualidad de los socios, y que exige una estructura legal adecuada en previsión del carácter cambiante de los socios. El carácter constitutivo como sociedad anónima de la inscripción en el Registro Mercantil”.

²³¹ Ya afirmaba GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Tendencias actuales y reforma del derecho Mercantil (Estudios)*), p. 197, lo siguiente: “Se ha dicho que el siglo XIX, viene a reflejar, en la estructura de la Sociedad Anónima, la distribución o división de poderes del Estado liberal. Más bien había una rigurosa congruencia con las directrices del sistema económico: los accionistas serían los soberanos, en correspondencia con las ideas de propiedad libres, asunción del riesgo del acierto o no de la actividad económica hacia el mercado y atribución del poder económico. Constituidos en Junta, serían el equivalente del Parlamento soberano. El poder residiría, así, en los propietarios, en los accionistas. Los ejecutivos, los consejos de administración, serían sólo mandatarios de ese poder económico. Es ya lugar común que, la evolución, desde el siglo XIX hasta la actualidad, ha desmentido ese esquema (...), a esta línea evolutiva vine a unirse hoy la específica problemática que traen las grandes empresas. Desde el punto de vista externo, gira en torno a que permiten que el poder que ejercen se desate de la sujeción al juego del mercado, de la supuesta opción plebiscitaria que la demanda supone y del constreñimiento moralizador y racionalizante de aquél, en el ejercicio de la libertad económica que por la quiebra haría desaparecer a los incapaces”. ”.

²³² SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad Cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), pp. 57, 58 y 59.

²³³ Sobre la protección transnacional de los mercados financieros GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “*La protección transnacional de los mercados financieros*”, Marcial Pons, Madrid 2014.

²³⁴ GUERRA MARTÍN, G., “*El gobierno de las sociedades cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*”, p. 53.

²³⁵ GUERRA MARTÍN, G., “*El gobierno de las sociedades cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*”, pp. 73 ss., 195 ss.

²³⁶ GUERRA MARTÍN, G., “*El gobierno de las sociedades cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*”, pp. 101 ss.

4. LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS ES UN ELEMENTO CARACTERÍSTICO DE LA ECONOMÍA GLOBAL.

Con el capitalismo industrial surgieron las grandes empresas y las fusiones de sociedades²³⁷. “La mayor parte de la actividad económica se organiza ahora en el marco de sociedades anónimas”²³⁸. Las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se incrementan y potencian con la globalización y los fenómenos concomitantes a la misma, como son el desarrollo la tecnología y la apertura de los mercados. “La globalización va asociada al cambio tecnológico (particularmente en tecnologías de la información), a la reducción de costes en el comercio y en el transporte (de bienes, capital, personas e información), y a la liberación e integración de los mercados, que de manera simultánea se expanden en el mercado e incrementan la presión competitiva. Para poder acomodarse estos cambios, los sistemas productivos deben ser revisados. En muchos sectores, el número de empresas deberá reducirse para poder aprovechar las economías de escala derivadas de un mercado más amplio o integrado. De la misma manera, en varias industrias, y en particular en aquellas en las que las externalidades derivadas de una red (network) o curvas de aprendizaje, las actividades que requieran o serán más provechosas si se producen a una determinada escala de producción se convierten en actividades centrales de la estrategia competitiva, como por ejemplo la inversión en I+D, la innovación o la obtención de una gran base de clientes. Es ese contexto, las fusiones son una de las herramientas principales para llevar a cabo una reestructuración del sector”²³⁹.

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas, constituye una institución propia del sistema de economía de mercado mundializado, universalizado o globalizado. Tiene efectos polivalentes²⁴⁰, de carácter económico, jurídico y fiscal²⁴¹, y ha pasado a formar “parte de la vida cotidiana de las empresas”²⁴². De la fusión transfronteriza de sociedades anónimas es predicable la observación acerca de que “si tradicionalmente los fines perseguibles con la fusión se han centrado en la conveniencia, necesidad incluso, de potenciar las actividades de la empresa, la dinámica de la economía de mercado ha extendido los fines, posibilidades y campos de utilidad de esta operación, sola o combinada, a fin de lograr el aprovechamiento de la economías de alcance y escala a través de las operaciones de concentración”²⁴³.

El proceso de reestructuración societaria y empresarial que se produce con las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, debe valorarse de forma positiva en tanto que responde a las exigencias de una competencia dinámica y puede aumentar la competitividad de la industria y los servicios, mejorar las posibilidades de crecimiento y elevar el nivel de vida de la población, en general. No obstante no siempre está claro que en todo caso y necesariamente creen valor para los accionistas ni para los consumidores, pudiendo causar un perjuicio duradero a la competencia efectiva²⁴⁴. Por consiguiente parece razonable establecer disposiciones normativas y mecanismos jurídicos que regulen aquellas fusiones transfronterizas en cuanto que concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado globalizado o en una parte sustancial del mismo. De tal manera que esas concentraciones transfronterizas de empresas se han de realizar sin merma del régimen de competencia no distorsionada en el mercado, en desarrollo de una política guiada por el principio de una economía de mercado abierta con libre competencia.

Los fines, objetivos y móviles que se persiguen con las concentraciones de empresas mediante las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, en buena medida, pueden reconducirse a los planteamientos generales en la materia²⁴⁵, y se solapan con las causas de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, pero no se confunden. Existen razones específicas que justifican el recurso a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y que explica las sucesivas “oleadas” de fusiones. No se trata de un discurso parejo a la universalización o globalización económica, se parece más a un fenómeno dinámico y “caótico”, en el que se pueden descubrir turbulencias y que desde luego, no es lineal, y que por ello tiende a desvincularse de recorridos normativos, expresándose con claridad en el oxímoron: “desorden ordenado”²⁴⁶. En esa consideración, en el ámbito transfronterizo y universal se relativiza la diferenciación entre fusiones programadas y no programadas²⁴⁷.

4.1. Las “oleadas” de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas”.

Las “fusiones” transfronterizas de sociedades anónimas tienden a producirse²⁴⁸ y se produjeron en sucesivas “olas” u “oleadas”²⁴⁹ en el pasado siglo (una a principios de siglo y las otras a finales de los años veinte, sesenta, ochenta y noventa)²⁵⁰. Las oleadas no constituyen una mera indicación histórica sin transcendencia económica y financiera, sino que en la medida en que se correspondan con la fase expansiva del ciclo macroeconómico, “coger la ola” determinará ordinariamente la creación de más valor para el accionista, que aquellas fusiones que se anuncian y realicen en la fase baja del ciclo macroeconómico²⁵¹.

Desde la década de 1980 las fusiones internacionales o transfronterizas de empresas han devenido en una parte central y creciente²⁵² del sistema de economía de mercado, superando su rango de normalidad en el capitalismo industrial²⁵³. A partir de finales de la década de 1990 se ha venido produciendo un desarrollo extraordinario de fusiones transfronterizas de sociedades por acciones o anónimas. *“El mundo nunca había visto un boom de fusiones y adquisiciones (F&A) como el ocurrido a finales de los años noventa”*²⁵⁴.

4.1.1. Sus causas.

Las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se producen por “oleadas”, sobre cuya justificación se han dado diferentes explicaciones. En todo caso, ha de repararse en que el desarrollo tecnológico contribuyó de manera decisiva a la globalización económica, especialmente desde la Revolución Industrial²⁵⁵. Por ello, se afirma que “el análisis del funcionamiento de una fusión es complejo, y existe la evidencia consistente con diferentes explicaciones sobre su origen. La transferencia del control corporativo ha sido históricamente problemática²⁵⁶, por ello la explicación más plausible acerca de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas es que responden a cambios tecnológicos,

constituyendo instrumentos de reestructuración “ad hoc”, lo que explica a su vez las “oleadas” de fusiones²⁵⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, es cierto también que “*otros motivos se superponen a esta influencia central del cambio tecnológico: realizar fusiones para ganar poder de mercado, para beneficiar a los gestores o debido a un exceso de confianza de los mismos. Estos últimos factores podrían explicar por qué algunas oleadas de fusiones inducen sobrevaloraciones y otras disminuyen valor*”²⁵⁸. No obstante, tampoco debe rechazarse la explicación de que las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se corresponde con un movimiento generalizado hacia la concentración de la propiedad privada en el que tiene un papel predominante el capital riesgo, realizado con el propósito de maximizar los rendimientos del capital²⁵⁹.

4.1.1.1. La explotación de las ineficiencias del mercado²⁶⁰.

La explicación de las sucesivas “oleadas” de fusiones, en la medida en que se hacen mediante acciones, se justifica por los defensores de este postulado, apelando a la valoración que el mercado efectúa de las empresas que se pretenden fusionar. Las ineficiencias del mercado pueden producir en determinados momentos valoraciones erróneas, que son explotadas por quienes se ocupan de la dirección de las sociedades anónimas, recurriendo a la oportunidad como criterio para la realización de determinadas fusiones.

El modelo de fusiones debido a la existencia de acciones con valoración de mercado erróneas, apunta a un modelo de comportamiento racional. Esto es, quienes pretenden absorber a otra sociedad anónima en una fusión transfronteriza tienen información, más allá de la que proporcionan el mercado, del valor tanto de la sociedad objetivo de la fusión como de la propia sociedad, en tanto que los administradores y directivos de las sociedades objetivo de la fusión únicamente tienen información sobre su propia sociedad, además de la que aporta el mercado respecto de todas las demás sociedades.

Así, para poder considerar las ofertas de fusión, los administradores y directivos de las sociedades participantes en el proceso y, en muy especialmente, los que reciben las ofertas de fusión, han de basarse en un primer momento en la información que les proporciona el mercado. Por eso, se dice, ese es el mecanismo inicial del modelo que explica las oleadas de fusiones, uno general y otro referente a cada empresa. Se precisa que “cuando la sobrevaloración del mercado es grande, el error estimado de las posibles sinergias es también grande. Por tanto, las ofertas de fusión son mucho más atractivas en mercados sobrevalorados que en mercados infravalorados”²⁶¹.

4.1.1.2. La independencia en la gestión²⁶² y la retribución de los altos ejecutivos.

Es el interés de los directivos, según quienes defienden esta posición, por mantener la independencia de la gestión de la empresa de la que son titulares las sociedades anónimas, lo que explica las oleadas de fusiones. El tamaño es determinante a estos efectos, de tal manera que cuanto más grande sea la empresa y su titular la sociedad anónima, más dificultades habrá para que sea absorbida por otra sociedad anónima.

Para mantener aquella independencia, los directivos aplicaran políticas activas de protección, consistentes en llevar a cabo fusiones con otras empresas y sociedades anónimas del mismo sector, pero de menor rentabilidad. En cuyo caso se sacrifican beneficios para los accionistas a cambio de mantener el poder o independencia de gestión. Entonces, se precisa, la primera fusión es la desencadenante de la oleada que no es ni más ni menos que *“una carrera para incrementar el tamaño de la empresa”*²⁶³.

El interés de los directivos por mantener la independencia de la gestión puede ocultar problemas de cultura empresarial, de liderazgo y de continuidad en las altas retribuciones de ejecutivos y “superejecutivos”²⁶⁴. El aumento espectacular de las retribuciones para ejecutivos, pero especialmente para los “superejecutivos”, ha sido un fenómeno característico anglosajón (desde la década 1970-1980 se manifiesta un alza muy importante de la participación en el ingreso nacional del percentil superior, en los Estados Unidos²⁶⁵, Reino Unido, Canadá y Australia). En el resto de los países más desarrollados (Japón, y el resto de Europa continental) el aumento también existió aunque menos espectacular, siendo particularmente patente en el contexto económico de los años 1990-2010²⁶⁶.

Los ejecutivos y especialmente los “superejecutivos”, pretenden mantener en la sociedad absorbente y en la sociedad de nueva creación tras una fusión transfronteriza de sociedades anónimas su liderazgo y sus espectaculares retribuciones. La falta de justificación en la productividad marginal, las cualificaciones o la experiencia profesional, de esas altas retribuciones de los ejecutivos, magnificadas hasta límites inimaginables para los “superejecutivos”, puede constituir un obstáculo para el logro de las fusiones transfronterizas. No obstante, el mantenimiento de retribuciones en la sociedad absorbente o de nueva creación semejantes a las percibidas en la sociedades absorbidas o fusionadas antes de la fusión, constituye una circunstancia ambivalente, en el sentido de que puede hacer fracasar un proyecto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas o, por el contrario, constituir la fusión transfronteriza de sociedades anónimas un medio para mantenerlas, a pesar de que tales retribuciones no sean justificables objetivamente. Los problemas de liderazgo presentan una problemática similar, en cuanto que además normalmente van unidos, y se pretenden solucionar de diversas maneras, como instaurando liderazgos compartidos, lo cual ha llevado tanto a resultados positivos como sonoros fracasos, en términos de creación de valor.

4.1.1.3. Fenómenos cíclicos²⁶⁷.

También se ha querido asociar el fenómeno de las oleadas de fusiones con los fenómenos de expansión y recesión económica de los diferentes sectores de la economía, de tal manera que cuando el momento económico de un determinado sector económico es de expansión se produce una oleada de fusiones. La explotación de las economías de escala y la evolución de los precios de los servicios prestados o de los bienes producidos explicarían las diferentes oleadas de fusiones en ese sector de la actividad económica.

Efectivamente, se dice, *“las absorciones prometen explotar economías de escala relacionadas con la demanda del producto que la empresa comercializa y, por tanto, con el precio de mercado. Como las fusiones siempre conllevan costes, es más probable que éstas se produzcan si los precios después de la fusión, y por extensión los beneficios, pasan a ser mayores que en la situación prevista. Por eso en los mercados donde los productos presentan comportamientos cíclicos, las olas de fusiones son más frecuentes”*²⁶⁸.

4.1.1.4. Consideraciones estratégicas²⁶⁹.

El número de empresas y de sus titulares, sociedades anónimas, que pueden ser absorbidas no es infinito. Por tanto, las sociedades anónimas que pretendan absorberlas han de plantear una determinada estrategia, de forma que la fusión o fusiones que se pretendan obedezcan a una concreta estrategia de mercado.

Si se presupone una posición de equilibrio, desaparece el riesgo de que unas sociedades anónimas se adelanten a sus competidoras, de tal manera que existente coincidencia en cuanto al momento y la oportunidad de que las sociedades anónimas se propongan realizar absorciones. Esa simultaneidad generaría las diferentes oleadas de fusiones. Efectivamente, se afirma, *“intuitivamente, este resultado demuestra que mientras esperar para realizar la fusión sólo es óptimo cuando las otras empresas también esperan, existe el riesgo de no encontrar una empresa que adquirir cuando las otras ya hayan actuado. De esta manera, todas las empresas anticipan la ola de fusiones y compran a la vez la empresa que habían predeterminado”*²⁷⁰.

4.1.1.5. Consideraciones no estratégicas/estratégicas²⁷¹.

Para los partidarios de esta justificación o causa de las “oleadas de fusiones”, son las combinaciones de consideraciones estratégicas y consideraciones no estratégicas las que explicarían dichas oleadas, suponiendo la existencia de costes asimétricos en las fusiones. En el ámbito no estratégico se situarían los condicionantes exógenos o externos determinantes de la fusión y los condicionantes estratégicos los constituirían las interrelaciones entre las empresas a fusionar que, ya que son los determinantes de que la rentabilidad y sinergias de las fusiones se produjesen o materializasen únicamente si otras empresas también se fusionan.

Las consecuencias son que “una disminución exógena de la demanda estimula las operaciones de fusiones, ya que las asimetrías en los costes se ven acentuadas y las fusiones se vuelven más rentables”. Además “la consideración estratégica entra en juego con las empresas que no participan en la actividad de fusiones, ya que en respuesta incremental su producción crea un efecto negativo sobre la fusión. Si hay menos competidores en el mercado, menos es la intensidad del ese efecto negativo”²⁷².

4.1.1.6. La redistribución del capital debida a cambios tecnológicos. El choque tecnológico²⁷³.

Los cambio tecnológicos influyen de manera determinante en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, de tal manera que las épocas de cambios tecnológicos son determinantes de oleadas de fusiones²⁷⁴. El progreso tecnológico determina la necesidad de las empresas de reestructurarse.

Se afirma que un choque tecnológico incrementa la “q” de Tobin, como medida de la evaluación del mercado de la eficiencia relativa de distintas empresas. Así, “para las empresas prosperas aumenta, mientras que disminuye para las empresas que no lo son tanto. Entonces las empresas con una “q” alta (se fusionarán con) empresas con una “q” baja, asegurando así una mejor asignación del capital”²⁷⁵.

4.2. El logro de mejoras funcionales mediante fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

En el ámbito de la economía global son destacables determinados aspectos funcionales de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

Por una parte, amplían el efecto de constituir una técnica particularmente eficaz de modificación estructural de las sociedades anónimas, al permitir, mediante una sola operación, comenzar a ejercitar una actividad dada sin solución de continuidad, reduciendo, en consecuencia, notablemente las complicaciones, demoras y costes resultantes de las demás formas de agrupación de las sociedades de diferentes nacionalidades, tales como los que entrañan la disolución de una sociedad con liquidación de su patrimonio y posterior constitución de una nueva sociedad, y la transmisión de elementos concretos del patrimonio o el canje de títulos de propiedad²⁷⁶.

Por otra parte posibilitan la integración de “empresas policorporativas o polisocietarias²⁷⁷ internacionales o transnacionales”, conformadas por grupos de sociedades anónimas, que tienen reconocimiento en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, y expresamente en el nuestro²⁷⁸, por más que se limite a proporcionare una noción de grupo y otro de sociedad dominante²⁷⁹. La obtención de mejoras funcionales con las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas depende de que se hayan gestionado bien los

elementos o factores que se consideran esenciales para su éxito, que ordinariamente se concentran en:

- (i) la “gestión de la estrategia”²⁸⁰;
- (ii) la “gestión de la transacción”²⁸¹ y
- (iii) la “gestión de la integración”²⁸².

Semejantes “factores básicos” del éxito de las fusiones se complementan con determinados “procesos facilitadores” de las fusiones, consistentes en la adecuada gestión del gobierno²⁸³, del rendimiento²⁸⁴ y del conocimiento de las fusiones²⁸⁵, y requieren para su éxito respetar determinados principios fundamentales, aludiéndose en unas ocasiones²⁸⁶ a cuidar de la “selección del equipo directivo”, la “integración de culturas”, “las comunicaciones”, y en otras a “crear valor”, “establecer aspiraciones claras”, “garantizar una comunicación frecuente”, “evitar excesos”, “gestionar las 5-10 decisiones esenciales más importantes”, “adoptar medidas”, “abordar rápidamente las cuestiones relacionadas con la cultura” y “poner en práctica un gobierno fuerte y estrictos controles de los procesos”. Estos principios persiguen fundamentalmente ir más allá de la mera integración para centrarse en el valor para el cliente y la retención de éste con el fin de materializar el valor, gestionar las expectativas de mercado en torno a la consecución de las sinergias, aprovechar la oportunidad para el cambio (puesto que las fusiones crean un gran impulso para llevar a cabo importantes transformaciones), y gestionar adecuadamente los recursos humanos que se confunden en la fusión²⁸⁷. Los problemas de las culturas empresariales y de liderazgo en las fusiones, especialmente en las fusiones transfronterizas²⁸⁸ de sociedades anónimas de similar importancia, son propicios a destruir valor.

4.3. Las finalidades económicas.

La funcionalidad económica natural de la sociedad anónima²⁸⁹, que no se aviene bien con la indiferencia de objeto²⁹⁰, así como la de las “*stock corporations*” o “*profit corporations*”, y su vinculación esencial a la libertad económica (libertad de comercio, libertad de empresa y libertad de mercado)²⁹¹, se trasladan a sus fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, las cuales tienen una importancia creciente²⁹². Dichas finalidades se satisfarán solamente si la fusión cumple el objetivo principal de toda decisión empresarial, “la máxima creación de valor posible”²⁹³, llevada a efecto respetando “las exigencias impuestas por el Derecho”²⁹⁴. La “motivación económica”²⁹⁵ de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas es consecuente con la natural funcionalidad económica atribuible a la sociedad anónima.

La operatividad no económica de la sociedad anónima²⁹⁶, relegada en el Derecho norteamericano a las “*non-profit corporations*” o “*non-stock corporations*”, determina la

marginalidad del fenómeno de la fusión transfronteriza de este tipo de *corporations* y sociedades anónimas, lo que justifica que no sean objeto de especial atención en esta Tesis.

En consecuencia, parece más útil y eficaz para el análisis de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas partir de la existencia de una ligazón fundamental e inescindible entre la “maximización del valor de la empresa”, el “interés de la empresa” y el “interés social”.

Esta ligazón tuvo la consecuencia del surgimiento de la corriente institucionalista, que postula una “identificación sustancial entre los conceptos de sociedad anónima y empresa”²⁹⁷, lo que no impidió afirmar su relatividad y distinguir entre “interés de la empresa”²⁹⁸, “interés social”²⁹⁹, “interés en la sociedad”³⁰⁰, y “responsabilidad social corporativa”³⁰¹. En otra aproximación al fenómeno del interés social se produjo el desarrollo de las teorías contractualistas que se caracterizan, con diferentes matices, por la identificación del interés social con el interés común de los socios, prescindiendo de los intereses de cualesquiera otros sujetos que no fueran dichos socios³⁰².

Esa polémica tradicional ha desembocado en el reconocimiento de la concurrencia de una pluralidad de intereses sociales típicos en las sociedades de capital (*“el interés por la maximización del beneficio social, a la percepción de dividendos en el curso de la actividad social, a influir y controlar la gestión de la sociedad, a conservar el propio grado de influencia sobre la gestión en caso de aumento del capital y a la conservación de la propia cuota en caso de entrada de nuevos socios, el interés en la determinación del grado de riesgo de la actividad social, el interés en contribuir a determinar la duración de la propia inversión en relación con las propias exigencias personales y el interés a la transmisibilidad de la propia participación social”*³⁰³). Se aboca así a una diferenciación entre una concepción amplia y otra estricta del interés social³⁰⁴. Finalmente y con un carácter no meramente sintético, sino superador de las anteriores contraposiciones se llega la idea del “interés social ilustrado”³⁰⁵ y a otras formulaciones semejantes³⁰⁶, que es la concepción prevalente en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

4.3.1. La adecuación al mercado global.

Mediante las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se pretende adecuar las empresas a las exigencias de un mercado mundializado³⁰⁷. Lo que no se desmiente ni por la posible utilización del tipo de la sociedad anónima con finalidades no económicas³⁰⁸ (institucionalismo y teoría polifuncional)³⁰⁹, ni por su utilidad preferente en la construcción de la “tercera vía”³¹⁰ situada entre entidades “for-profit” y entidades “non-profit”.

Desde una perspectiva empresarial como societaria, la fusión transfronteriza de sociedades anónimas es un fenómeno complejo, sobre el que, consecuentemente, se proyectan normas que se ubican en diferentes partes del ordenamiento jurídico, en términos de las divisiones tradicionales y docentes, especialmente mercantiles (societarias y

de defensa de la competencia), laborales y fiscales³¹¹, cuyos propósitos, fines, e intereses subyacentes tutelados no siempre son coincidentes.

La búsqueda del máximo valor posible mediante las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas es consecuente con la apreciación de que la sociedad anónima y especialmente la gran sociedad anónima ha sido y es un instrumento jurídico relevante para el desarrollo del sistema de economía de mercado y, por ende, de Europa³¹², *“produciéndose una simbiosis esencial entre el desarrollo de éste sistema económico y el de la sociedad anónima como medio de primer orden para su avance, pero debiendo ésta fortalecerse por medio de su concentración”*³¹³, lo que logran mediante las fusiones transfronterizas.

4.3.2. El aumento de ingresos y la reducción de costes.

El aumento de los ingresos y la reducción de los costes constituyen finalidades comunes a cualquier fusión, si bien no tienen que producirse conjuntamente en todas las fusiones. Son “sinergias” propias de las fusiones, por más que su valoración no siempre sea fácil, pero necesaria en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

Las sinergias antes mencionadas exigen una valoración de las empresas previas al momento de la fusión, al tratarse, en términos económicos, de una modalidad específica de enajenación de empresas³¹⁴. La valoración de las empresas que se fusionan, bien sea por absorción o bien sea por creación de una nueva sociedad, requiere de una serie de actuaciones, que ordinariamente se desenvuelven en sucesivas etapas, al objeto de llegar al conocimiento: (i) de la empresa y su cultura organizativa; (ii) de los directivos responsables de la marcha de la empresa; (iii) del negocio y su entorno; y (iv) las expectativas de flujos de caja libres futuros. De esta forma se pretende llegar a conocer un valor estimado que puede considerarse valor real de las empresas intervinientes en el proceso de fusión, aplicando metodologías diferentes según las sociedades sean o no cotizadas³¹⁵.

Se trata, en definitiva, de valorar las consecuencias futuras, tanto positivas como negativas de la fusión, en el marco de la economía global (muy especialmente aumento de ingresos y disminución de costes esperados). Por ello, valorar las empresas que se fusionan simplemente descontando los flujos de caja futuros o dando un valor fiable al tipo de descuento se torna especialmente complicado, y, usualmente, se recurre a la utilización de métodos complementarios de valoración, especialmente a la aplicación de múltiplos o multiplicadores a los indicadores de resultados (EBITDA, EBIT, etc.) basados en empresas comparables en el ámbito de la economía global.

4.3.3. La búsqueda de finalidades económicas precisas y concretas.

Las fusiones transfronterizas también pueden pretender el logro o alcance de ciertas finalidades precisas y concretas que constituirían su finalidad económica. Entre ellas, muy especialmente, se alude a las siguientes:

- (i) adquisiciones de empresas³¹⁶;
- (ii) cooperación y reagrupamientos³¹⁷ de empresas³¹⁸;
- (iii) fenómenos de integración económica tendentes hacia al fortalecimiento de las empresas y hacia nuevas organizaciones de la actividad económica³¹⁹;
- (iv) la filialización³²⁰;
- (v) la reorganización dentro de un grupo de empresas³²¹;
- (vi) el saneamiento de empresas³²²;
- (vii) la racionalización de la producción y exigencias o presiones de la competencia³²³;
- (viii) la eliminación de sobrecapacidades³²⁴;
- (ix) la creación condiciones análogas a las de un mercado interior y la garantía así del buen funcionamiento de dicho mercado global³²⁵;
- (x) la búsqueda de una salida estratégica a situaciones de presión financiera³²⁶; o
- (xi) el logro de mejoras en I+D y la obtención de recursos financieros que permitan emprender proyectos de I+D más arriesgados y ambiciosos³²⁷;

4.4. La transcendencia del logro de la innovación tecnológica

La última de las finalidades mencionadas es acorde con las ideas siguientes: (i) “*La innovación es el motor del crecimiento*”³²⁸; (ii) el rendimiento del capital se vincula al desarrollo de la tecnología, ocupando ésta última el papel central, pues “*si el capital no sirviera para nada como factor de producción, su productividad marginal, por definición sería nula*”³²⁹, lo cual resulta especialmente transcendente en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas. “*Es difícil imaginarse a una empresa compitiendo con éxito en un momento dado con los mismos productos, servicios o capacidades organizativas con los que lo hacía unos años antes. Por tanto podemos decir que innovar es una, al menos, de las razones fundamentales por las que una empresa perdura en el tiempo (...), la capacidad innovadora es la clave para que la empresa pueda crear valor para ella y para sus diferentes grupos de interés, y con ello, ser sostenible en la doble acepción de la palabra: contribuir a la sostenibilidad de nuestro planeta y perdurar en el tiempo (la continuidad de una empresa está estrechamente relacionada con su capacidad para innovar*”³³⁰).

La idea que subyace a esa polivalencia funcional, y a las normativas que afectan a las fusiones transfronterizas³³¹, es que la producción capitalista moderna -sin hacer cuestión ni sobre las diferentes formas o tipos ideales de capitalismo existentes (el fundado en el mercado, el socialdemócrata, el asiático, el europeo continental y el mediterráneo³³²), ni sobre los modelos de economía liberal de mercado (liberal market economies y coordinated market economies³³³)- tiene típicamente lugar en empresas grandes, burocráticamente organizadas y financiadas con dinero-capital obtenido externamente, principalmente en forma de acciones, valores, bonos y préstamos bancarios, de tal manera que su control operativo esta disociado de su propiedad³³⁴.

La concentración de recursos y el aprovechamiento de las sinergias que se produce en el entorno de las fusiones transfronterizas favorece la actividad de innovación en las empresas que pueden abordar proyectos más ambiciosos, costosos y arriesgados y, de esta forma, incrementar el rendimiento del capital para sus inversionistas.

4.5. Los riesgos para el sistema de economía de mercado.

El aspecto transfronterizo de las fusiones que tratamos es proclive a que éstas constituyan uno de los tipos de concentración³³⁵, con posibles efectos contrapuestos, favorables o nocivos, para la competencia³³⁶. Los cambios del mercado y la evolución espectacular de las tecnologías obligan a articular nuevas normativas que afectan a la gran sociedad anónima y a sus grupos, tanto en cuanto al régimen jurídico de su estructura como a las concentraciones económicas y a la defensa de la competencia³³⁷. No puede olvidarse que la primera gran oleada de fusiones en los Estados Unidos mediante la que se constituyeron los primeros “trusts” del petróleo y del acero se denominó “*merging for monopoly wave*”.

4.5.1. El principio de economía de mercado abierta con libre competencia y las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Referencia a las “de facto merger”.

El sistema de economía de mercado debe asegurar, como uno sus elementos básicos y trascendentales, la “*existencia de una competencia efectiva entre los oferentes de bienes y servicios en el mercado con objeto de reasignar los recursos de la manera más efectiva posible*”³³⁸. Efectivamente, “*no debe deducirse que, por reglamentar la fusión, el ordenamiento positivo haya querido considerar como un bien la concentración industrial*”, resultante de la fusión³³⁹.

La eficiencia que se busca con las fusiones transfronterizas se ha de procurar en el mercado, porque los derechos de propiedad se definen en un sistema de mercado, de tal manera que aquellas fusiones no pueden atentar al funcionamiento del mismo, pudiendo generar además daños antitrust³⁴⁰. La libre competencia constituye un principio rector del

mercado, y se vincula a la libertad de empresa, y una fusión puede resultar contraria al principio de una economía de mercado abierta con libre competencia. Desde su inicio los *merger movements* estuvieron acompañados de la legislación antimonopolio norteamericana, “que durante años propició una coyuntura favorable para el desarrollo de ésta institución y realzó “artificialmente” el atractivo de la fusión”, posteriormente matizado por el desarrollo de otras instituciones jurídicas también propiciadoras de concentraciones de empresas³⁴¹.

La fusión, circunscrita a las sociedades anónimas, es precisamente aquella concentración que se produce cuando dos o más empresas o entidades anteriormente independientes se fusionan en una nueva sociedad anónima (empresa) y dejan de existir como entidades jurídicas diferenciadas, o cuando una sociedad anónima (empresa) es absorbida por otra sociedad anónima (empresa), manteniendo la última su personalidad jurídica y dejando la primera de existir como tal³⁴². Como consecuencia de lo anterior, ha de diferenciarse entre integración y concentración. Lo cual merece la siguiente triple consideración:

- (i) Es más preocupante para el mercado y la libre competencia la integración que la concentración, porque mediante la integración provocada por la fusión desaparecen agentes económicos, lo que no sucede necesariamente con las concentraciones³⁴³.
- (ii) Una reestructuración interna de un grupo de empresas, consistente en fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, no constituye una concentración, bien se trate de operaciones tales como la fusión de una compañía de doble cotización en una única entidad jurídica, bien de una fusión de filiales. La razón está en que una concentración sólo puede producirse si la operación de reestructuración provoca un cambio en la naturaleza del control de una empresa y, por tanto, ya no es puramente interna³⁴⁴.
- (iii) Si las partes ejecutan una adquisición de control sobre una empresa objetivo y sólo posteriormente deciden fusionarse con la recién adquirida filial, la operación de fusión será considerada como una reestructuración interna que no produce un cambio en el control³⁴⁵. El cambio de control se produciría como consecuencia de la adquisición previa, no de la fusión posterior, que sería una operación intragrupo.

Las fusiones *strictu sensu* deben diferenciarse de las denominadas “fusiones de facto”³⁴⁶. Según el artículo 3.1.a) del Reglamento (CE) n° 139/2004 de Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento comunitario de concentraciones”), “se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes”. Lo cual, a su vez, produce una concentración de empresas³⁴⁷. Efectivamente, la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre presas, “el tipo de concentración contemplado en el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento de concentraciones se

produce cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionan en una nueva empresa y dejan de existir como entidades jurídicas diferenciadas. Puede hablarse asimismo de concentración cuando una empresa es absorbida por otra; la última mantiene su personalidad jurídica mientras que la primera deja de existir como tal”.³⁴⁸

Según la misma Comunicación, *“también puede darse el tipo de concentración contemplado en la letra a) antes citada cuando, a pesar de no producirse una fusión a nivel jurídico, la combinación de las actividades de empresas anteriormente independientes supone la creación de una única entidad económica”*. Advirtiéndose³⁴⁹ que cuando ha de determinarse el grado de independencia de que gozaban anteriormente las empresas³⁵⁰, el tema del control puede ser importante ya que, de lo contrario, la fusión podría no ser más que una reestructuración interna dentro del grupo. En este contexto específico, la evaluación del control sigue también el concepto general e incluye tanto el control de jure como de facto.

Precisando también la Comunicación citada que *“esto puede ocurrir especialmente cuando dos o más empresas, que conservan su personalidad jurídica propia, establecen mediante contrato una gestión económica conjunta o la estructura de una compañía de doble cotización”*³⁵¹. Si conduce a una fusión *“de facto”* de las empresas participantes en una única entidad económica se considera que es una operación de concentración”³⁵². Esto es, “la interpretación economicista del Reglamento Comunitario de Concentraciones por parte de la Comisión Europea conduce a albergar, bajo la noción de fusión, tanto fusiones de derecho, en sentido estricto, como fusiones de hecho que no conducen a la unificación jurídica”³⁵³. Fusiones de uno u otro tipo que habrá que diferenciar de los supuestos de concurrencia de otras normativas (p.ej. sobre OPAs, transfronterizas) y de los denominados “modos alternativos de fusiones transfronterizas”³⁵⁴.

Establece aquella Comunicación que los criterios relevantes para delimitar y establecer una noción de fusión “de facto”, son los siguientes: (i) *la existencia de una gestión económica única y permanente es un requisito previo indispensable para determinar si existe tal concentración de facto. Entre otros factores importantes, cabe mencionar la compensación interna de pérdidas y ganancias o una distribución de los ingresos entre las distintas entidades del grupo, así como la responsabilidad solidaria o la división de riesgos externos;* (ii) *“La fusión “de facto” puede estar basada únicamente en acuerdos contractuales”*³⁵⁵, *pero puede también reforzarse mediante la adquisición cruzada de participaciones por parte de las empresas que constituyen la entidad económica”*³⁵⁶.

La teoría de la *“de facto merger”*³⁵⁷ norteamericana se fundamenta también en la prevalencia del acontecimiento económico concentrativo de las empresas gestionadas y la unidad de dirección, sobre el mantenimiento de una aparente autonomía societaria. Se trata de una construcción jurisprudencial que ha tenido fluctuaciones, variaciones y un desigual desarrollo a lo largo del tiempo, dependiendo de los diferentes Estados de la Unión Federal norteamericana, en todos los cuales prácticamente se plantearon diferentes supuestos.

La *“triangular merger”* o *“forward triangular merger”*, constituye una particular y compleja categoría de fusión³⁵⁸ que se caracteriza porque la sociedad dominante (y

absorbente real) constituye una sociedad “*ad hoc*”, “*shell subsidiary o shell corporation*”, controlada al cien por cien por ésta que es utilizada únicamente como instrumento para llevar a cabo la fusión. A través de ella se “vehiculiza” la fusión. Así, la sociedad dominante constituye la sociedad instrumental (shell company), y determina su capital, tomando en consideración lo que deberá satisfacer a los accionistas de la sociedad objetivo, absorbida o target, cuando finalice el proceso de fusión. Tras su constitución, la sociedad instrumental absorbe a la sociedad objetivo o target, en un procedimiento ordinario de fusión (statutory merger), en el que los accionistas de la sociedad target reciben efectivo u otras prestaciones pero no deviene socios de la sociedad absorbente real o “ultimated owner”. El resultado es que la sociedad dominante, que no es parte en la fase inicial del proceso de fusión, acaba controlando la empresa que realizaba la sociedad target u objetivo, pero permanece independiente y no se fusiona en sentido estricto.

La categoría “*de facto merger*” es de una extraordinaria amplitud y ha tenido un gran expansión vinculándose las “triangular mergers”³⁵⁹ y a las “reverse triangular mergers”. Bien que también se ha propuesto su elusión a través de la doctrina el levantamiento del velo para tales casos (*piercing the corporate veil*)³⁶⁰.

Si la operación “*conduce a una fusión de facto de las empresas participantes en una única entidad económica se considera que es una operación de concentración*”³⁶¹, pero no una fusión en sentido propio o estricto.

Es decir, las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas tanto si son fusiones *strictu sensu* como si son fusiones “de facto”, son objeto de atención por la normativa de defensa de la competencia y se encuentran sometidas a la misma en la medida que resulte o pueda resultar de ellas una concentración o integración que pueda afectar a la libre competencia. Este control de las concentraciones no sólo tiene el efecto beneficioso de proteger la libre competencia y en última instancia el propio mercado sino que también dichas limitaciones incrementan la propia competencia empresarial produciendo constante mejoras en los productos y servicios. Efectivamente “*los diez últimos años han mostrado también que revisar las concentraciones puede impulsar la innovación, puesto que la competencia conduce a una mejora de los resultados del mercado. Y ello no solo en términos de reducción de precios o un incremento de la producción sino también de la mejora de la calidad de los productos, la variedad y la innovación*”³⁶².

4.5.2. Alusión a la Sherman Act y a la Clayton Act.

La regulación antitrust norteamericana se ha fundamentado sobre la Sherman Act o Sherman Antitrust Act (1890); la Clayton Act o Clayton Antitrust Law (1914); la Federal Trade Commission Act (1914); y la Hart-Scott-Rodino Act (1976).

De ellas la Section 7 de la Clayton Act, 15 U.S.C. § 18, y las Sections 1 y 2 de la Sherman Act, 15 U.S.C. §§ 1, 2³⁶³, son especialmente relevantes a los efectos de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Concretamente la sección 7 de la Clayton Act

prohíbe las fusiones si producen o pueden producir el efecto de alterar sustancialmente la competencia o generar situaciones monopolísticas tanto mediante fusiones horizontales³⁶⁴ como verticales³⁶⁵, o incluso cuando no existe una previa relación entre las sociedades participantes en la fusión ni por el mercado relevante, considerado tanto por los productos o servicios o por la geografía o ubicación del mismo³⁶⁶.

Con la Sherman Act se inicia el desarrollo moderno del Derecho Antimonopolios, constituyendo un hito jurídico que señala el momento inicial del moderno derecho de la competencia. Inicialmente el Antitrust Law americano pretendía únicamente limitar la dimensión de las grandes empresas, especialmente en algunos sectores, como el del petróleo o el de los ferrocarriles, impidiendo la concentración mediante la prohibición de los “*trusts*”. Esta idea o concepto inicial se fue extendiendo hasta llegar a constituir el actual Derecho Antitrust norteamericano bajo la premisa de que la libre competencia o interacción de las fuerzas económicas generaría una mejor asignación de recursos, con consecuencias políticas nada despreciables y favorables al mantenimiento de estructuras e instituciones democráticas en todos los niveles. En definitiva, mediante aquella norma se pretendía implantar el “principio de economía de mercado abierta con libre competencia”.

Las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas están limitadas por la Sherman Act, especialmente desde 1982³⁶⁷, en la medida que afecten o puedan afectar al comercio con otras naciones (“*with foreign nations*”). En el mismo sentido se han interpretado las secciones 7 y 8 de la Clayton Act³⁶⁸. Los supuestos típicos prohibidos constituyen “*de facto mergers*” a los que se llega mediante la constitución de joint ventures³⁶⁹, en cuanto tengan consecuencias, directas o indirectas sobre el comercio USA, lo que plantea problemas de jurisdicción y ha dado lugar a la conclusión de acuerdos de colaboración (*international cooperation agreements*), generalmente bajo los auspicios de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)³⁷⁰.

En un sentido similar, las secciones 1 y 2 de la Sherman Act, la sección 5 de la Federal Trade Commission Act, y, especialmente, la sección 7 de la Clayton Act califican como prácticas prohibidas las fusiones, sin discriminación de actividades o ramas del comercio, siempre que puedan reducir significativamente la competencia o pueda crear un monopolio. Cuando se trate “*de facto mergers*”, es la ley Hart-Scott-Rodino, sobre Mejoras Antimonopólicas de 1976, la que establece, en particular, la obligación de comunicar a la Federal Trade Commission y al Departamento de Justicia, con alteridad a que se lleve a efecto cualquier adquisición de acciones o activos que pueda sobrepasar determinados límites, tanto referidos al tamaño de las empresas intervinientes como a la transacción en sí misma considerada.

Así, en particular, al objeto de controlar y evitar los eventuales efectos negativos para los mercados de las fusiones, se requiere la previa notificación al objeto de obtener la autorización para su realización de una fusión cuando: (i) las empresas interviniente actúen en el comercio interestatal; (ii) una de las empresas participantes tenga unas ventas totales anuales o un total de activos igual o superior a 100 millones de dólares y la otra un total

anual de ventas o un total de activos igual o superior a 10 millones de dólares; (iii) si como resultado de la fusión la entidad absorbente mantiene acciones u otros valores con derecho a voto u otros activos de la entidad absorbida por un importe superior a 15 millones de dólares, o el 50% o más de las acciones con derecho a voto o activos de una empresa con un total anual de ventas o de activos de, al menos, 25 millones de dólares.

Las notificaciones han de efectuarse en determinados plazos³⁷¹, y los órganos encargados de la aplicación de las leyes antitrust deben prestar particular atención a los denominados *Horizontal Merger Guidelines*³⁷². Mediante esas notificaciones los órganos encargados de la aplicación de las normas antitrust evalúan las fusiones o transacciones propuestas y tomar, en su caso, las medidas necesarias para impedir la realización de la fusión. De esta manera, si uno de estos organismos considera después de su examen que una propuesta de fusión atentaría contra las leyes, debe interponer la correspondiente demanda ante los Tribunales para que prohíban la realización de la fusión, antes de que se lleve a cabo.

Son órganos encargados de desarrollar las investigaciones y aplicar las normas antimonopolio el Departamento de Justicia, a través de la Antitrust División y la Comisión Federal de Comercio, a través del Bureau of Competition. Asimismo, y además de aquellos organismos, existen otras agencias federales administrativas que participan en la investigación y evaluación de las fusiones o concentraciones que se puedan producir en la actividad o industria que supervisan³⁷³.

La Antitrust Division del Department of Justice (DOJ), tiene atribuida la defensa y promoción de políticas pro-competitivas, protegiendo la competencia efectiva mediante la aplicación de las leyes Antitrust. Igualmente, interpone acciones judiciales civiles y criminales en el supuesto de infracciones a la Ley, solicitando la aplicación de multas y penas de prisión. También puede solicitar órdenes judiciales de prohibición de las actuaciones contrarias a las políticas y normas Antitrust. Asimismo, interviene y participa en los procedimientos que se refieran a la aplicación de las leyes Antitrust y que se desarrollen ante agencias federales administrativas y colabora y coopera con los fiscales o y con los organismos encargados de aplicar las leyes Antitrust o antimonopolio de los diferentes Estados.

4.5.3. Referencia la regulación contenida en el Reglamento (CE) n° 139/2004.

La referencia al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo (el “**Reglamento de Concentraciones**”) es relevante a los efectos de esta Tesis en cuanto su campo de aplicación abarca a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas en el ámbito de la Unión Europea. Conviene recordar que “*el control de las concentraciones tiene por objeto conceder a las empresas interesadas la autorización necesaria y previa a la realización de toda operación de concentración de dimensión comunitaria. En el marco de dicho control estas empresas pueden proponer*

*compromisos a la Comisión con el fin de obtener una decisión por la que se declare la compatibilidad de su operación con el mercado común*³⁷⁴. En todo caso, a estos efectos debe considerarse que “*el control de las concentraciones de la UE supone una importante contribución al funcionamiento del mercado interior: aporta un conjunto armonizado de normas para las concentraciones y la reestructuración de las empresas y garantiza que la competencia y, por lo tanto, los consumidores no se vean perjudicados por la concentración económica en el mercado. A juzgar por la experiencia reciente, la creciente mundialización de la actividad empresarial y la profundización del mercado interior han provocado que el control de concentraciones de la UE se centre cada vez más en asuntos transfronterizos y en los que afectan a la economía europea*”³⁷⁵.

Al margen de las previsiones del Reglamento de Concentraciones y las competencias a nivel de la unión Europea, las fusiones pueden ser autorizadas o denegadas por las diferentes autoridades nacionales de supervisión de los diferentes mercados nacionales³⁷⁶, pudiendo interferir con el propio Reglamento de Concentraciones. Limitándonos a la consideración de la regulación general contenida en el Reglamento de Concentraciones, su aplicación a las operaciones de concentración se determina en base a un doble criterio. Por una parte, la operación debe ser una concentración conforme a la definición recogida en su artículo 3 y, por otra parte, dicha operación de concentración debe superar los umbrales de volumen de negocios prefijados en su artículo 1 que determina qué operaciones tienen consecuencias o impactos para la Unión Europea y pueden, por tanto, considerarse de “dimensión comunitaria”³⁷⁷.

En todo caso, y ello es relevante para la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, ha de tomarse en consideración que “*en el examen de la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común la Comisión está obligada a apreciar los efectos de la operación de concentración en la competencia en los mercados en los que existe un solapamiento entre las actividades de las partes en una concentración. De ello se sigue que si una de las partes ya se hallaba en una situación de monopolio (...), es decir, en un mercado de referencia, antes de la concentración, esa situación es ajena por definición al análisis de los efectos de la concentración en la competencia*”³⁷⁸.

El volumen de negocios, cuyo concepto y cálculo no siempre es sencillo³⁷⁹, por sí sólo no supone la existencia de una fusión transfronteriza de sociedades anónimas, aun cuando por su razón la concentración se considere y tenga dimensión comunitaria.

Hay que distinguir entre fusión transfronteriza intracomunitaria y concentración de dimensión comunitaria. En términos generales y teniendo presente la anterior diferenciación, se consideran representativos de una concentración de dimensión comunitaria los recursos económicos combinados en una concentración (determinándose geográficamente únicamente con el fin de reflejar la distribución geográfica de estos recursos), en base a tres criterios distintos: (i) el umbral del volumen de negocios a nivel mundial de las empresas afectadas, que tiene por objeto establecer su dimensión global; (ii) el volumen de negocios realizado por la concentración proyectada en la unión Europea, que tiene por objeto determinar si la concentración implica un mínimo de actividad a escala comunitaria; y (iii) la “norma de los dos tercios”, que está destinada a excluir del ámbito de

competencia comunitario las operaciones de carácter puramente nacional³⁸⁰, considerándose éstas cuando, al menos, dos tercios del volumen de negocios de la concentración proyectada se realice en un único territorio nacional.

La finalidad de estos umbrales, como hemos mencionado anteriormente, es determinar la jurisdicción competente para la supervisión de la concentración, y no evaluar la posición en el mercado de las partes que intervienen en la operación, ni las repercusiones de la misma. Los umbrales se establecen teniendo en cuenta el volumen de negocios realizados en todos los sectores de actividad de las partes y, por tanto, todos los recursos movilizados, y no únicamente el realizado en los sectores directamente afectados por la concentración. Los umbrales son puramente cuantitativos, basándose exclusivamente en el volumen de negocios y no en cuotas de mercado u otros criterios. Su objetivo es fijar un mecanismo “*sencillo y objetivo*”, fácilmente utilizable por las empresas que intervengan en operaciones de concentración para determinar si dichas operaciones tienen o no dimensión comunitaria y, por tanto, estén o no sujetas a notificación ante la Comisión Europea³⁸¹.

Ciertamente aquel Reglamento (CE) n° 139/2004 ahonda en el concepto de concentración, cuando delimita su concepto de forma amplia abarcando las operaciones que den lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas y, por tanto, en la estructura del mercado³⁸². Según el artículo 3, apartado 1, del Reglamento de concentraciones, una concentración sólo comprende operaciones que den lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas. Dado que la prueba del artículo 3 se centra en el concepto de control, la existencia de una concentración viene determinada en gran medida por criterios cualitativos más que cuantitativos.

En todo caso no puede confundirse concentración con fusión. Efectivamente, según aquel Reglamento establece dos supuestos de concentraciones.

El primero de ellos, la concentración mediante fusión, es el supuesto más relevante conceptualmente, por más que no sea el más utilizado, es el de las fusiones transfronterizas. En este sentido, puede afirmarse que siempre que exista una fusión se producirá una concentración puesto que implicará un cambio de control duradero de la sociedad absorbida como consecuencia de la fusión de ésta con otra o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, siendo las empresas afectadas por la concentración cada una de las sociedades que se fusionan³⁸³.

El segundo de éstos, es la concentración mediante la adquisición del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, ya sea en virtud de un contrato o por cualquier otro medio³⁸⁴, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa o por una o varias empresas.

Por su potencial amenaza al principio de una economía de mercado abierta con libre competencia, las fusiones transfronterizas de sociedades deben ser notificadas

conjuntamente por las partes intervinientes en la fusión³⁸⁵ antes de su ejecución, en cuanto se haya concluido el acuerdo. Aquella amenaza al principio de una economía de mercado abierta con libre competencia, asume tal transcendencia en las fusiones transfronterizas comunitarias de sociedades anónimas que constituye el supuesto paradigmático en que puede considerarse justificada la norma según la cual una operación de concentración “*no puede ejecutarse antes de ser notificada ni hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común*”.

Una vez notificada la concentración, si la Comisión comprueba bien que ésta no plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, bien que una vez modificados los términos de la concentración proyectada en determinado sentido, ésta ya no plantearía tales dudas, podrá decidir no oponerse a la misma y la declarará compatible con el mercado común. A estos efectos, una decisión mediante la cual se declare la compatibilidad de una concentración con el mercado común cubrirá las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin. Si, por el contrario, la Comisión comprueba que la concentración plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, podrá decidir incoar el procedimiento de control de concentraciones³⁸⁶ y, en última instancia, prohibir su ejecución. Es de precisarse que “*la Comisión dispone de un amplio margen de apreciación para evaluar la necesidad de obtener compromisos con el fin de disipar las serias dudas que plantee una concentración*”³⁸⁷.

Permitir o prohibir. Ambas posiciones pueden conllevar costes generalmente de difícil medición o estimación en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Efectivamente, por una parte una actitud permisiva de la alteración del principio de una economía de mercado abierta con libre competencia es tanto como atentar contra el núcleo mismo del sistema capitalista. Pero, por otra parte, también puede ser enorme el daño que se produzca al mismo principio por la exclusión de agentes del mercado (entidad resultante de la fusión), cuando no esté plenamente justificada la oposición y consiguiente prohibición de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Por todo ello, la Comisión puede también condicionar la llevanza a cabo de la fusión al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas afectadas cumplan los compromisos contraídos con la Comisión para compatibilizar la concentración con el mercado común. Es relevante resaltar a los efectos de la asunción de determinadas obligaciones y condiciones por las partes intervinientes en un proceso de concentración que “*se debe considerar que los compromisos propuestos por una de las partes en la concentración sólo se ajustan a este criterio cuando la Comisión pueda concluir con certeza que será posible ejecutarlos y que las soluciones que se derivan de ellos serán lo suficientemente viables y duraderas para que la creación o el reforzamiento de una posición dominante o los obstáculos a una competencia efectiva*”, pues los compromisos tienen como finalidad impedir la alteración del principio de una economía de mercado abierta con libre competencia. En este sentido, en el supuesto que, de *motu proprio* los compromisos fueren asumidos *ab initio* del proceso de concentración por los intervinientes en el mismo éstos “*deben permitir a la Comisión o bien considerar que la operación notificada ya no suscita serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común en la fase de investigación preliminar (artículo 6, apartado 2, del Reglamento sobre*

*concentraciones) o bien responder a las objeciones formuladas en el marco de la investigación en profundidad (artículo 18, apartado 3, puesto en relación con el artículo 8, apartado 2, del Reglamento sobre concentraciones) ya que tales compromisos “permiten por tanto, ante todo, evitar que se incoe la fase de investigación en profundidad o, posteriormente, que se adopte una decisión por la que se declare la incompatibilidad de la operación con el mercado común”*³⁸⁸.

No obstante es también importante resaltar que, en aras de la intangibilidad del principio de economía de mercado abierta con libre competencia, la Comisión tiene la capacidad de revocar la decisión adoptada respecto a cualquier concentración, hubiera sido positiva o negativa, tanto cuando dicha decisión se base en información incorrecta de la que sea responsable cualquiera de las empresas afectadas, como la decisión positiva cuando haya sido obtenida de forma fraudulenta, o cuando las empresas afectadas incumplan cualquiera de las obligaciones impuesta en la decisión condicionada que permitiese la concentración relevante³⁸⁹.

La posible dispensa del cumplimiento de las obligaciones de comunicación a la Comisión citadas y de no ejecución hasta la obtención de la autorización o no oposición de la Comisión mencionadas son posibles, pero se contemplan con una característica excepcionalidad. A tales efectos, se requeriría una solicitud previa motivada remitida por las partes intervinientes en la concentración proyectada a la Comisión, quien deberá tomar en consideración para su resolución, “entre otros factores, los efectos de la suspensión para una o varias empresas afectadas por la concentración o para un tercero, así como la amenaza que la concentración represente para la competencia”, bien que tal dispensa pueda “ir acompañada de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar las condiciones de una competencia efectiva”³⁹⁰.

La importancia del principio de una economía de mercado abierta con libre competencia es tal para el sistema de economía de mercado o capitalista, que la Comisión únicamente cuando compruebe que la fusión transfronteriza de sociedades anónimas no conculca aquel principio “adoptará una decisión que declare la concentración compatible con el mercado común”. En sentido contrario, tan pronto la Comisión compruebe que una eventual fusión de sociedades anónimas atenta contra el principio de una economía de mercado abierta con libre competencia la declarará incompatible con el mercado común y prohibirá su ejecución. En todo caso, como ya hemos mencionado, la declaración de compatibilidad podrá estar condicionada al cumplimiento de determinados requisitos u obligaciones destinadas a garantizar que las empresas intervinientes en el proceso de concentración cumplirán los compromisos que hayan contraído a fin de compatibilizar la concentración con el mercado común³⁹¹.

El establecimiento y la asunción de determinados deberes u obligaciones e incluso la actuación de la Comisión en el marco procedimental establecido, adoptando las decisiones pertinentes, no garantizan la invulnerabilidad del principio de una economía de mercado abierta con libre competencia. En consecuencia, cuando la Comisión compruebe que una fusión transfronteriza de sociedades anónimas: (i) ha sido ejecutada y fusión es posteriormente declarada incompatible con el mercado común; (ii) ha sido ejecutada

contraviniendo cualquiera de las condiciones impuestas por la Comisión por lo que resulta contraía al mercado común, tendrá la facultada de: (i) exigir a las empresas intervinientes, que disuelvan la concentración, en particular mediante la disolución de la fusión, de tal manera que quede restablecida la situación previa a la ejecución de la concentración. Si las circunstancias no permiten el restablecimiento de la situación previa a la ejecución de la fusión mediante la disolución de la misma, la Comisión podrá adoptar cualquier otra medida apropiada para lograr el restablecimiento de las condiciones previas a la fusión; o (ii) ordenar cualquier otra medida apropiada para garantizar que las empresas intervinientes disuelvan la concentración o adopten cualesquiera otras medidas encaminadas a restablecer la situación previa, conforme a lo dispuesto en su decisión³⁹².

Asimismo, la Comisión podrá tomar medidas provisionales adecuadas para restablecer o mantener las condiciones de una competencia efectiva cuando una concentración: (i) se haya ejecutado sin previa notificación y no se haya tomado aún una decisión sobre la compatibilidad de la concentración con el mercado común; (ii) se ha ejecutado contraviniendo cualquiera de las condiciones aprobadas por la Comisión para evitar dudas sobre su compatibilidad con el mercado común; o (iii) ya se ha ejecutado y es declarada incompatible con el mercado común³⁹³.

Finalmente, es importante destacar que *“una política de competencia eficaz y eficiente requiere medios adecuados y bien diseñados para abordar todas las fuentes de perjuicio para la competencia”*, y de que, en su versión actual, el Reglamento de Concentraciones sólo se aplica a las concentraciones definidas como adquisiciones de control por una o varias personas o empresas de una o más empresas o partes de empresas. De esta forma, cuando la adquisición de una participación minoritaria no guarda relación con la adquisición del control, la Comisión no puede investigar o intervenir contra ella. La Comisión solo puede intervenir contra la participación minoritaria preexistente de una de las partes de la concentración cuando se adquiere específicamente el control³⁹⁴. No obstante lo anterior, se constata que según *“la experiencia de la Comisión, los Estados miembros y autoridades de terceros países, así como la investigación económica, (...) la adquisición de una participación minoritaria que no otorga control puede, en algunos casos, perjudicar a la competencia”*³⁹⁵, por lo que van tomando actualidad las denominadas *“teorías del perjuicio”*³⁹⁶.

4.5.4. El abandono de la concentración.

La Model Business Corporation Act, establece expresamente la posibilidad de desistimiento de la fusión. Así, su Sección 11.08 señala expresamente que *“salvo que se prevea de otro modo en el plan de fusión (...) o en las normas conforme a las que está organizada o regulada, una entidad mercantil extranjera, una entidad nacional o una entidad extranjera elegible (...) que sea parte de una fusión, con posterioridad a que dicho plan de fusión haya sido adoptado y aprobado de conformidad con lo previsto en el presente capítulo y en cualquier tiempo antes de que la fusión sea efectiva, ésta puede ser abandonada por una entidad mercantil nacional parte de la misma sin que los accionistas tengan acción*

*alguna para oponerse, de conformidad con cualesquiera procedimientos recogidos en el plan de fusión o, en caso de que dichos procedimientos no se hubieran recogido en el plan, de la manera determinada por el consejo de administración, todo ello sin perjuicio de cualesquiera derechos de naturaleza contractual de cualquier otras partes intervinientes en la fusión*³⁹⁷.

El Comentario Oficial del Comité de Derecho Mercantil de la ABA a la citada Sección 11.08 de la MBCA indica, en referencia a las entidades mercantiles extranjeras participantes en un proceso de fusión, que la ley que aplicará a la posibilidad de abandono de dicha transacción *“estará determinada por la ley orgánica de tal entidad”*³⁹⁸. En consecuencia, vemos que existe un reenvío expreso de la norma americana a la ley que rija la organización de la entidad o entidades extranjeras que intervengan en el proceso de fusión con una entidad norteamericana para verificar la posibilidad del desistimiento que brinda la norma americana.

Asimismo, la Sección 11.08.(b) de la MBCA indica, desde una perspectiva procedimental, a los efectos de hacer efectivo el desistimiento a que se refiere la subsección (a) de la sección 11.08 citada que si una entidad desiste de una fusión de conformidad con lo previsto en la subsección (a) de la Sección 11.08 de la MBCA con posterioridad a que el documento de fusión (articles of merger) hubiera sido presentado para su registro ante el Secretario de Estado, pero con anterioridad a que la fusión sea efectiva, se entregará para su registro con anterioridad a la fecha de efectos de la fusión una declaración escrita de que se ha desistido de la misma firmada por un representante debidamente autorizado de una de las partes de la fusión. De esta forma, con su presentación, la declaración devendrá eficaz y la fusión se entenderá desistida y no llegará a tener efectos³⁹⁹.

A los efectos de las concentraciones de empresas a nivel europeo, en similar sentido a lo previsto por la normativa americana, una concentración dejará de existir y, consiguientemente, el Reglamento de Concentraciones, ya no será aplicable si las empresas afectadas renuncian a la concentración⁴⁰⁰. Efectivamente, puede abandonarse la fusión, una vez efectuada la notificación pero antes de que se inicie el procedimiento correspondiente, en cuyo caso basta la mera comunicación a la Comisión. Bien entendido que la realización y comunicación de modificaciones menores en una concentración, que no afecten al cambio en el control o a la naturaleza de dicho cambio, no pueden considerarse un abandono de la concentración original⁴⁰¹. En el caso de que se hubiere efectuado el cierre del procedimiento relativo al control de concentraciones sin una decisión definitiva después de que la Comisión hubiera incoado el procedimiento correspondiente, las sociedades anónimas simplificadas en la fusión transfronteriza, también pueden abandonar la fusión. De tal manera que, en éste último supuesto, el procedimiento no se decide, pero no por ello queda inconcluso, sino que se finaliza, cuando las empresas afectadas hayan demostrado, a satisfacción de la Comisión, que han abandonado la concentración⁴⁰².

Se destaca que como norma general, que cuando hubiera que acreditar el abandono de la fusión, los elementos de prueba del abandono de una concentración deben corresponder en términos de forma jurídica, intensidad, etc., al acto inicial que se consideró

suficiente para que fuera obligatorio notificar la concentración, y si hubieran habido actos posteriores los elementos de prueba del abandono de la concentración también deben estar en consonancia con la naturaleza de esos últimos actos⁴⁰³.

De acuerdo con ese principio, en caso de ejecución de una concentración antes de que la Comisión emita su decisión, debe demostrarse que se ha restablecido la situación anterior a la concentración. De tal manera que la mera retirada de la notificación no se considera prueba suficiente de que se ha abandonado la concentración. Para el caso en que ya se haya ejecutado la concentración antes de que la Comisión emitiera su decisión, se deberá probar que se ha restablecido la situación existente antes de que se ejecutara la concentración.

En el supuesto en que las partes no deseen ejecutar la concentración en la forma prevista tras la autorización de la concentración por parte de la Comisión, se plantea la cuestión de si la decisión de la Comisión autorizando la concentración sigue cubriendo la estructura modificada de la transacción. En términos generales, ha de considerarse que si, antes de ejecutar la concentración autorizada, la estructura de la transacción pasa de una adquisición de control (artículo 3.1.b, del Reglamento de concentraciones), a una fusión transfronteriza de sociedades anónimas (artículo 3.1.a, del Reglamento de concentraciones a), o viceversa, el cambio en la estructura de la transacción se considera una concentración distinta, siendo necesaria una nueva notificación que, en su caso, dará lugar a la apertura por la Comisión de un nuevo procedimiento. No obstante, se consideran cubiertas por la decisión de primera autorización de la Comisión modificaciones menos significativas que no afectan al cambio en el control o a la naturaleza de dicho cambio, como cambios en la estructura de las empresas sin efectos sobre la situación de control relevante con arreglo al Reglamento de Concentraciones.

²³⁷ KOCKA, J., op. Cit. (*Historia del capitalismo*), p. 119, en donde afirma con referencia a la industrialización que “con las fábricas, las minas, los nuevos sistemas de transporte, la mecanización y la construcción de infraestructuras, la acumulación de capital fijo alcanzó unas dimensiones nunca antes vistas. Junto a las pequeñas y medianas empresas, que siguieron siendo mayoritarias, aparecieron las grandes empresas y las fusiones de sociedades”, y en pp. 127-128, en la cual indica que el incremento desmesurado de las dimensiones de las empresas, según el número de trabajadores empleados, entre 1854, 1929, finales de los setenta y 2010, se debió a una multitud de factores, entre ellos “fundamentalmente, (a) las “fusiones entre empresas”, y que la referencia a la “segunda revolución industrial” apunta a la “centralización del capital a través de grandes fusiones (... Como consecuencia de ello se llegó a una unión sin precedentes entre poder y riqueza (...). Algunas de las grandes empresas se concentraron en los negocios más allá de las propias fronteras y acabaron dando lugar a estructuras multinacionales”.

²³⁸ PIKETTY, T., op. cit. (*El capital en el siglo XXI*), p. 224, que añade lo siguiente: “o más generalmente de las sociedades de capitales, es decir de sociedades en las que se separan claramente las cuentas de la empresa las de las personas que aportaron los capitales (quienes, además, están únicamente comprometidas en función del capital aportado, y no en función de sus fortunas personales: es la revolución de la sociedad de responsabilidad limitada, adoptada en casi todas partes a finales del siglo XIX)”.

²³⁹ Precisan LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPO HONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, “*Fusiones y política de la competencia en Europa*”, Occasional Paper, OP. n° 07/5, IESE Business School-Universidad de Navarra, Barcelona-Madrid, octubre 2006, p. 7.

²⁴⁰ Las funciones que están llamadas a desempeñarlas fusiones “son muy variadas”, indica ESCRIBANO GAMIR, R. C., op. cit. (*La Protección de los Acreedores Sociales frente a la Reducción del Capital Social y las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Anónimas*), p. 66; En este punto cabe llamar la atención sobre el Dictamen, del Comité Económico y Social de la Unión Europea, sobre el tema de las consecuencias sociales de las fusiones/concentraciones transfronterizas, Introducción, 1.1, 1.2, 2.2, 2.3, y 3, DOUE, Serie C, núm. 329, de 30 de diciembre de 1989, pp. 35-37, que indica lo siguiente: “Es de prever que la realización del mercado interior europeo conllevará un fuerte aumento del número de fusiones/concentraciones. La cuestión no debe analizarse únicamente desde el punto de vista de la competencia; es preciso examinar también los aspectos económicos y los relativos al derecho y la política sociales. En su presentación de la propuesta de reglamento sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (...) La opinión del Comité sobre las operaciones de concentración transfronterizas no es, en principio, negativa. A menudo son necesarias, aunque sólo para fortalecer la competitividad de la economía europea. Y en tanto que medidas que garantizan y crean puestos de trabajo redundan asimismo en beneficio de los trabajadores. Sin embargo, pueden tener también repercusiones negativas para estos últimos por los siguientes motivos: redistribución de la producción dentro del grupo, desplazamiento de los polos de inversión hacia otras partes del grupo, racionalizaciones, abandono de determinadas actividades del grupo, desplazamiento de la dirección del grupo a otro país de la Comunidad, cambios en la organización del trabajo y en la reglamentación del tiempo de trabajo, y traslado del personal a un país distinto. La plena realización del mercado interior europeo puede entrañar el peligro de que las empresas nacionales de un grupo extranjero (por ejemplo bancos o empresas de transportes) queden relegadas al rango de sucursales (...). En su propuesta de Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas la Comisión parte de la base de que la supresión de las fronteras interiores podría ocasionar grandes cambios estructurales en las empresas de la Comunidad, como consecuencia especialmente de dichas operaciones. La Comisión hace un análisis diferenciado de la evolución. Por una parte, la Comisión señala que las reestructuraciones y las concentraciones de empresas, en la medida en que favorecen una competencia dinámica, constituyen cambios saludables al aumentar las posibilidades de mejorar la competitividad de la industria europea, las condiciones de crecimiento y el nivel de vida en la Comunidad. Por otra parte, señala el peligro de que las concentraciones que gozan de una posición dominante en el mercado menoscaben el juego de la competencia. Según la Comisión, la tarea del Derecho comunitario debe consistir, conforme al artículo 3 f) del Tratado CEE, en lograr “el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común”. La evolución apuntada en el ámbito de las concentraciones de empresas es relevante no sólo desde el punto de vista de la política de competencia. Afecta asimismo a los intereses de los trabajadores de las empresas de que se trata y a los objetivos sociales del Tratado CEE (artículos 117, 118 y 130 a). En efecto, existe el peligro de que las operaciones de concentración de empresas den lugar a riesgos específicos en materia de empleo, dado que dichas operaciones modifican los criterios de inversión, vayan acompañadas de estrategias de dominación del mercado y den lugar al cierre de empresas y a reducciones de la producción con la consiguiente pérdida de gran número de empleos, y potencien el predominio estratégico de la dirección de la empresa o del grupo, al poder explotar deliberadamente la competencia entre los trabajadores y los sindicatos en los países de la Comunidad (...). La propuesta de 10a Directiva sobre la fusión transfronteriza de sociedades anónimas plantea una serie de problemas en el ámbito del Derecho del trabajo, problemas no del todo resueltos en la Directiva 77/187/ CEE, que fue elaborada para la fusión de empresas dentro de un mismo Estado. Es cierto que esta Directiva garantiza el mantenimiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores empleados en la sociedad absorbida. Pero como en una fusión transfronteriza la sociedad que absorbe a otra tiene su sede en un Estado miembro distinto, se plantean una serie de casos de colisión de derechos; Estos últimos discrepancias pone de manifiesto con la creación del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, mediante el Reglamento (CE) No 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006, cuyo primer Considerando dice lo siguiente: “Aun reconociendo los efectos positivos que la globalización tiene sobre el crecimiento, el empleo y la prosperidad, así como la necesidad de seguir potenciando la competitividad europea mediante las reformas estructurales, la globalización también podría conllevar desventajas para los trabajadores más vulnerables y menos cualificados de determinados sectores. Es oportuno, por consiguiente, crear un Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG), accesible a todos los Estados miembros y que permita a la Comunidad canalizar su solidaridad hacia los trabajadores despedidos como consecuencia de los cambios en los patrones del comercio mundial”; “La fusión es un proceso que, ante todo, ofrece problemas económicos para las empresas que participan en el mismo, pero que no se agota en la consideración micro-económica, sino que presenta delicados problemas de carácter societario y laboral –ajuste de los consejos de administración; ajustes de las plantillas de personal. Y, por supuesto, de carácter general –grado de concentración; localización de fábricas o talleres con su eventual desaparición etc.”, afirma DUQUE DOMINGUEZ, J., *La fusión en el proyecto de reforma del Derecho de Sociedades de Capital y su comparación con el Derecho Comunitario de la Tercera Directiva*, RDBB, núm. 32, 1988, pp. 720-721..

²⁴¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., op. cit. (*Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades*), p. 246.

²⁴²Comisión Europea Libro Verde Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? Bruselas, 17.1.2012 COM (2012) 7 final, p. 6. El carácter general del fenómeno se lo advierte aquella Comisión al aludir a que “las operaciones de reestructuración forman parte de la vida cotidiana de las empresas, los trabajadores, las autoridades públicas y otras partes interesadas. En los últimos años, la UE ha invertido energías y esfuerzos considerables en pos de objetivos políticos que faciliten la adaptación al cambio y la reestructuración”, que desarrolla la idea de que “la reestructuración de empresas y sus consecuencias sociales, que son motivo de legítima preocupación para muchos ciudadanos europeos”.

²⁴³ GARRIDO DE PALMA, V. M., “Capítulo III. Fusión”, en *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 91.

²⁴⁴ “Las fusiones generan varias cuestiones sobre política pública. No está del todo claro que las fusiones creen siempre valor para los accionistas o para los consumidores. La consolidación de empresas puede suponer una amenaza a la libre competencia, principal responsable de la eficiencia y el crecimiento de la productividad, y la competencia a nivel nacional es la mejor escuela para ser competitivo internacionalmente. Generalmente, las fusiones de empresas nacionales representan una mayor amenaza para la competencia que las que implican a empresas de distintos países, por lo que la globalización estaría reduciendo la necesidad de controlar las fusiones. Sin embargo, es importante aclarar que el control de las fusiones europeas puede garantizar que las oleadas de fusiones sean beneficiosas tanto para los consumidores como lo son para la banca de inversión”, afirman, LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPO HONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES op.cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), pp. 1-2.

²⁴⁵ Afirma LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 68-70, que entre los “móviles generales de la concentración de empresas” los encuadra en obedientes a una “estrategia de consolidación” y los incluidos e “una estrategia de innovación”, incluyendo entre los primeros “los siguientes objetivos tradicionales en la estrategia de la concentración empresarial: - Afán por dominar el mercado -nacional- mediante la disciplina de la producción y la concurrencia. Concurrencia que algunos empresarios pretenden atenuar e, incluso, eliminar en un intento de hallar acomodo en la actual evolución de los sistemas de Economía de mercado hacia lo que se da en llamar neocapitalismo,- Preocupación de diversificarse, condición esencial del crecimiento por el lanzamiento de productos nuevos, - Necesidad de reducir los costes de producción, como principio elemental de la buena gestión, -Perspectivas de conquistar salidas al mercado extranjero superando el ámbito nacional, yendo a una “economía de espacios grandes”, -Y, finalmente, el interés por atraer capitales y obtener créditos más fácilmente. Uno y otro se demuestra que es más sencillo para una gran empresa”, entre los segundos, entendiéndolos por tales “las razones que participan de una actitud de renovación”: -El deseo de progresar técnicamente (...), -La intención de incorporar un equipo de dirigentes particularmente brillantes y eficaces (...),-La adquisición de una marca, de prestigio y de fuerte implantación entre el público”; Entre los “móviles para promover una fusión de sociedades y factores que la favorecen”, señala, en pp., 74-75, que “la elección de la fusión es de índole estratégica, sea estrategia de consolidación, sea de innovación. Está en relación directa con los objetivos específicos que se persiguen con la operación. Asimismo cabe atender a los factores que en cada coyuntura económica llevan a favorecer o desalentar a las fusiones”, poniendo, pp. 75-77, hincapié en los motivos fiscales indicando que “es de general aceptación que la fusión de sociedades responde básicamente a consideraciones de carácter económico y ante todo de índole fiscal”, discuriendo sobre el “factor fiscal”, en pp. 88-102. Como móviles “comunes a las dos modalidades de fusión de sociedades, se detiene en los de índole económico-financiero, en pp. 77-80, y en los de “índole jurídica en sentido amplio”, en pp. 80-84, deteniéndose en las “motivaciones técnico-jurídicas o jurídico- psicológicas”, precisando, en pp.82-83, que “tampoco hay que olvidar los “intereses” puramente personales de los miembros del órgano de administración. En multitud de supuestos ese factor subjetivo actuará como “móvil decisivo a la hora de iniciar y de llevar a cabo las negociaciones con determinada sociedad”. En pp. 84-88, alude a los móviles específicos optar por cada una de las dos modalidades de fusión.

²⁴⁶ GLEIK, J., “Caos. La creación de una ciencia”, Crítica S.L., Barcelona 2012, p. 20.

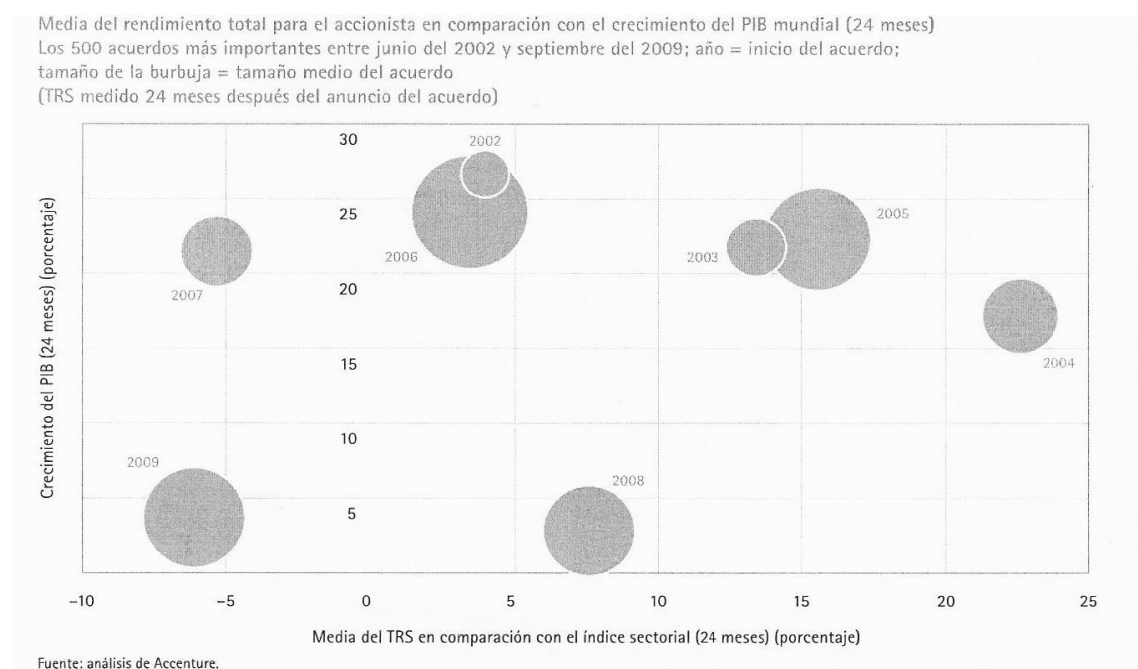
²⁴⁷ Alude LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 106-111, indicando, en la primera de aquellas páginas, que “la característica de las operaciones de fusión de sociedades programadas es que son objeto de una reflexión estratégica, dentro del marco de la política de desarrollo de la empresa” y, en p. 109, que fusiones no programadas “son aquellas que responden a una situación o acción exterior a la empresa. Frecuentemente como una reacción a tal factor extraño”.

²⁴⁸ Indican LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPO HONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. Cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), pp. 2 y 9.

²⁴⁹ Precisan LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. Cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 2; También INGHAM, G., op. cit. (*Capitalismo*), p. 191

²⁵⁰ Destacan LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. Cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 2.

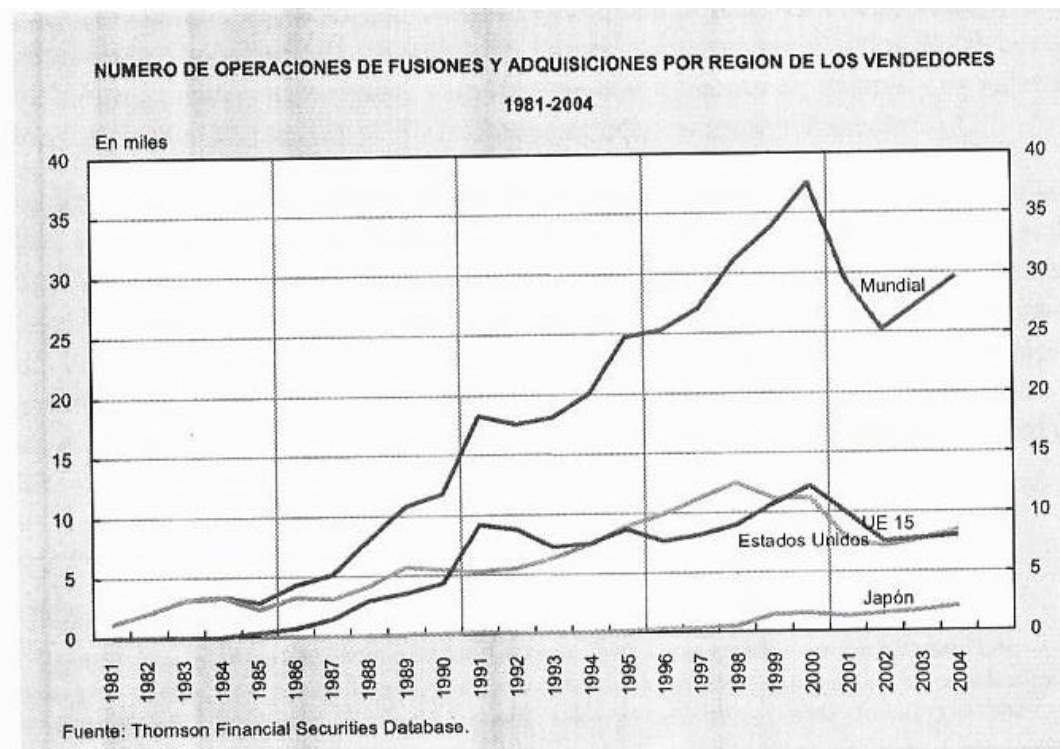
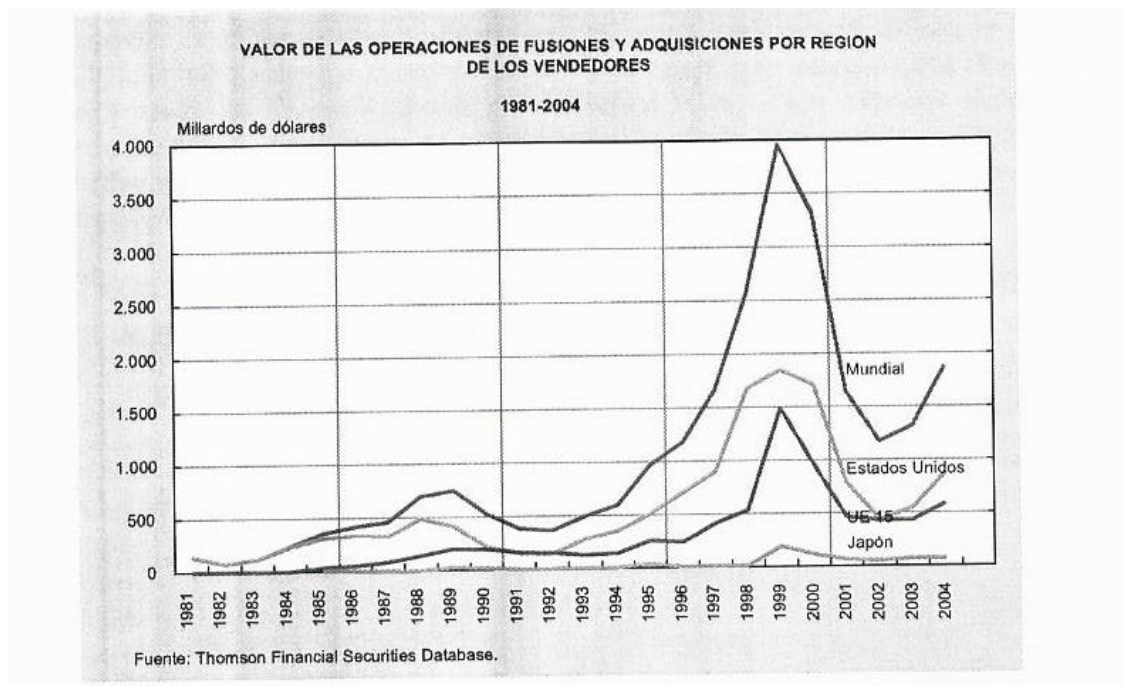
²⁵¹ Según HERD, T. J., y McMANUS, R., “¿Quién dice que las fusiones y adquisiciones no crean valor?, Otulook, núm. 1, p. 58, que dicen que “los acuerdos con peor rendimiento para el accionista en relación con el índice sectorial se dieron a conocer en los años 2007-2009, mientras que los que obtuvieron el mejor rendimiento se anunciaron en los años 2004 y 2005”.



²⁵² INGHAM, G., op. cit. (*Capitalismo*), p. 191.

²⁵³ INGHAM, G., op. cit. (*Capitalismo*), p. 176, que identifica, en p. 68, los “tres elementos fundamentales o instancias institucionales de la economía capitalista: A) El sistema monetario para producir dinero en forma de crédito bancario; B) El intercambio mercantil; C) La empresa privada de producción de mercancías”.

²⁵⁴ Destacan LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 2, que “según la Thomson Financial Securities Database, en 1999 se llegó al punto más alto de este boom, con un valor de casi 4.000 millones de dólares. A modo de comparación, en 1989 —el punto más alto del boom anterior en términos de valor de las fusiones—, al valor alcanzado había sido de 747 millones de dólares. Y el punto más alto en número de operaciones se alcanzó en 2000, cuando se informó de más de 37.000”.



²⁵⁵ “El mayor logro de la Revolución Industrial fue que los inventos del siglo XVIII no fueron acontecimientos aislados, irrepetibles, como lo habían sido las realizaciones de los siglos anteriores, sino que

desencadenaron una oleada incesante de innovaciones (...). Entre 1815 y 1870, la Revolución Industrial paso de Gran Bretaña al continente con notable éxito. Los países europeos no solamente consiguieron alcanzar al hasta entonces líder, sino que se unieron a él para formar un grupo de innovadores que ha hecho progresar conjuntamente las fronteras tecnológicas del mismo desde entonces. Norteamérica también se industrializó en el siglo XIX y se unió al club; de hecho estados Unidos se ha convertido en el líder tecnológico mundial”, indica ALLEN, R. C., “*Historia económica mundial: una breve introducción*”, Alianza Editorial, S. A., Madrid 2013, p. 58.

²⁵⁶ POSNER, R. A., op. cit. (*Análisis económico del Derecho*), pp. 658-663.

²⁵⁷ LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 16.

²⁵⁸ Señalan LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 16.

²⁵⁹ INGHAM, G., op. cit. (*Capitalismo*), pp. 191-196.

²⁶⁰ SHLEIFER, A., y VISHNY, R. W., “*Stock market driven acquisitions*”, Journal of Financial Economics, num. 70, 2003, pp. 295-311; RODES-KROPP, M., y VISWANATHAN, S., “*Market valuation and merger waves*”, Journal of Finance, num. 59, 2004, pp. 2685-2718.

²⁶¹ LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), pp. 9-10.

²⁶² GORTON, G., M. KAHL y ROSEN, R., “*Eat or be eaten: a theory of mergers and merger waves*”, NBER Working Paper, num. 11364, 2005, pp. 1 ss.

²⁶³ LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 10.

²⁶⁴ PIKETTY, T., op. cit. (*El capital en el siglo XXI*), pp. 345-346.

²⁶⁵ PIKETTY, T., op. cit. (*El capital en el siglo XXI*), p. 344, indica lo siguiente: “Si se considera el decir superior en su conjunto (el 10% de las más altas), se observa que el 9% desde luego tuvo incrementos salariales superiores al promedio de los salarios; sin embargo, estos aumentos no tienen comparación con los observados en el nivel del 1%. En concreto, las remuneraciones en torno a 100.000 dólares o 200.000 dólares aumentaron apenas más rápido que del promedio, mientras que las superiores a 500.000 dólares (y más aún las de varios millones de dólares) explotaron literalmente. Esta enorme discontinuidad en los altos salarios plantea una primera dificultad importante para las teorías de la productividad marginal, en términos de años de estudio, de selección de las instituciones educativas a las que se asistió o de experiencias profesionales, es muy difícil detectar la más mínima discontinuidad entre el 9% y el 1%. Dicho de otra manera, si nos basamos en una teoría objetivista fundada en las calificaciones y las productividades, se tendrían que haber observado crecimientos salariales bastante uniformes en el decir superior, o por lo menos mucho más cercanas entre los diferentes grupos, que las evoluciones muy divergentes observadas en la práctica”.

²⁶⁶ PIKETTY, T., op. cit. (*El capital en el siglo XXI*), pp. 346-350.

²⁶⁷ LAMBRECH, B. M., “*The timing and terms of mergers motivated by economies of scale*”, Journal of Financial Economics, núm. 72, 2004, pp. 41-62.

²⁶⁸ LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 10.

²⁶⁹ TOXVAERT, F., “*A strategic merger waves: a theory of musical chairs*”, Working Paper, Hebrew University of Jerusalem, 2004, pp. 1 ss.

²⁷⁰ LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 10.

²⁷¹ FAULL-OLLER, R. “*Takeover waves*”, Journal of Economics and Management Strategy, num. 9-2 2000, pp. 189-210.

²⁷² LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 10.

²⁷³ JOVANOVIĆ, B., y ROUSSEAU, P. L., “*Mergers as relocation*”, NBER Working Paper, núm. 9279, 2004, New York University, pp. 1 ss.

²⁷⁴ Se ponen como ejemplos, el período 1890-1930 con el uso generalizado de la energía eléctrica, y el período 1970-2001 con la difusión de las tecnologías de la información.

²⁷⁵ LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 11, que precisan: “Si se contrata con datos del mercado de valores norteamericano, esta sencilla teoría se ajusta de manera razonable en cuanto de cada una de las oleadas de las distintas fusiones ocurridas en el siglo XX”.

²⁷⁶ En ese sentido se pronuncia el Abogado General Sr. Antonio Tizzano, presentadas, en la conclusión 47 de su escrito de Conclusiones presentado el 7 de julio de 2005), en el asunto C-411/03 SEVIC Systems Aktiengesellschaft contra Amtsgericht Neuwied

²⁷⁷ Sobre las “empresas policorporativas o polisocietarias” MENENDEZ, A., “*Reforma de la legislación de sociedades*”, AARAJL núm. 22, 1992, p. 163.

²⁷⁸ El artículo 18, titulado “grupos de sociedades”, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual: “A los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”.

²⁷⁹ FUENTES, M., “*Artículo 18. Grupos de sociedades*”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital (Á Rojo y E. Beltrán, Dirs), t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Madrid 2011, p. 298.

²⁸⁰ Que se puede describir como contar con una justificación sólida para llevar a cabo una fusión y con los métodos adecuados para el examen y criba de los objetivos, reproduciendo casi literalmente la opinión de HERD, T. J., y McMANUS, R., op. cit. (*¿Quién dice que las fusiones y adquisiciones no crean valor?*), p. 59.

²⁸¹ Que se describe como “reducir el riesgo mediante la realización de la valoración correcta, la investigación preliminar y negociación y al mismo tiempo reducir al mínimo los traspasos y pérdidas de información entre éstas actividades”, por HERD, T. J., y McMANUS, R., op. cit. (*¿Quién dice que las fusiones y adquisiciones no crean valor?*), p. 59.

²⁸² Consistente en “movilizar y centrar la organización en la planificación y la ejecución según la justificación estratégica del acuerdo”, según HERD, T. J., y McMANUS, R., op. cit. (*¿Quién dice que las fusiones y adquisiciones no crean valor?*), p. 59.

²⁸³ Precisan HERD, T. J., y McMANUS, R., op. cit. (*¿Quién dice que las fusiones y adquisiciones no crean valor?*), p. 59, que se trata de “adoptar las decisiones adecuadas utilizando a las personas adecuadas en el momento adecuado”.

²⁸⁴ Consistente en “medir el éxito de forma correcta, con indicadores tanto anticipados como retrospectivos, y recompensar el rendimiento en consecuencia”, indican HERD, T. J., y McMANUS, R., op. cit. (*¿Quién dice que las fusiones y adquisiciones no crean valor?*), p. 59,

²⁸⁵ Consistente, según HERD, T. J., y McMANUS, R., op. cit. (*¿Quién dice que las fusiones y adquisiciones no crean valor?*), p. 59, en “aprovechar y aplicar las lecciones extraídas de acuerdos anteriores”.

²⁸⁶ Como hace MASCAREÑAS, J., “*Fusiones, Adquisiciones y Valoración de Empresas*”, Ecobook-Editorial del Economista, Madrid 2011, pp. 193-194, denominándolas “variables sociales”.

²⁸⁷ HERD, T. J., y McMANUS, R., op. cit. (*¿Quién dice que las fusiones y adquisiciones no crean valor?*), p. 59, que define el primero como “ir más allá de la integración para centrarse en el valor para el cliente y la retención de éste con el fin de materializar el valor”, el segundo como “establecer referencias claras y objetivos internos exigentes; gestionar las expectativas de mercado en torno a la consecución de las sinergias”, el tercero como “lanzar de forma inmediata una estrategia de comunicación exhaustiva y coherente”, el cuarto como “conseguir el 80% de certidumbre en la planificación y rápidamente pasar a una puesta en práctica del 100%”, el quinto como “centrarse en las decisiones que impulsaron el valor; al haber centenares de decisiones, la magnitud de los cambios hará necesario un enfoque integral de la gestión de riesgos”, el sexto como

“aprovechar una oportunidad sin precedentes para el cambio: las fusiones crean un gran impulso para llevar a cabo audaces transformaciones, pero hay una ventana temporal limitada en 18-24 meses para logra las sinergias; el séptimo como “determinar las dimensiones del estado deseado y gestionar activamente la transición de los empleados mediante un proceso de nombramientos transparente y rápido; evitar la lentitud en la toma de decisiones”, y el octavo como “crear una única fuente de PMO para la integración; gestionar el ritmo, las interdependencias, los procesos comunes y los comunicados para evitar las sobrecargas”.

²⁸⁸ MASCAREÑAS, J., op. cit. (*Fusiones, Adquisiciones y Valoración de Empresas*), p. 196, que precisa, “el tema de la cultura se hace aún más necesario cuando al fusión implica a empresas de diferentes países”.

²⁸⁹ Para la determinación de la “mercantilidad de las sociedades se acoge el doble criterio del objeto y la forma”, pues “son sociedades mercantiles las que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado y las que, cualquiera que sea su objeto, adopten alguno de los siguientes tipos (...) d) La sociedad anónima”, precisa la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en 2013, Gobierno de España-Ministerio de Justicia 2013, Exposición de Motivos. I. Consideraciones Generales, apartado 2 “Delimitación de la materia mercantil”, puntos I-9, I-10 y I-12. Artículos 001-2 y 001-4; ha de repararse en la afirmación de SÁNCHEZ CALERO. F., op. cit. (*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*), p. 38, según la cual: “El principio de falta de responsabilidad de los socios por las deudas sociales en éstas sociedades, pienso que no tiene su razón de ser en la disociación entre propiedad (o riesgo) y la gestión social, como en ocasiones se dice (disociación que no se produce las sociedades anónimas “cerradas”), sino que se encuentra como indica buena parte de la doctrina, en el propósito del Ordenamiento jurídico de fomentar la iniciativa económica mediante la aportación de capitales para el desarrollo de determinadas empresas sin llegar a sumir un riesgo por parte de los accionistas que supere el importe de su obligación de aportación. La experiencia histórica demuestra que la ausencia de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, frente a lo que sucedía en el caso de las sociedades personalistas, ha sido un elemento determinante del progreso económico. En efecto, es manifiesto que la sanción por parte de los empresarios de gran parte de las actividades económicas no hubiera sido posible sin esa nota de limitación del riesgo de pérdida por parte de los socios a la cantidad que se hubieran comprometido a aportar a la sociedad”.

²⁹⁰ Precisa SÁNCHEZ CALERO. F., “Artículo 3º”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid 1997, pp. 96-97, lo siguiente: “La norma fundamental contenida en el artículo 3ª LSA de 1951, cualquiera que sea su objeto, “tendrá carácter mercantil”, significó la introducción en España, siguiendo el ejemplo de otros países particularmente por influencia germánica, del criterio de la mercantilidad de la sociedad por razón de la forma. La doctrina se había encontrado con graves dificultades, con anterioridad la vigencia de dicha Ley, sobre el criterio de distinción entre sociedades civiles y mercantiles. En especial dado el texto del artículo 1670 C.c., que establecía que “las sociedades civiles, por el objeto al que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el C. de c. en tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código”. Dificultades que se extendían, dados los términos del artículo que acabamos de transcribir, al régimen de las sociedades civiles con forma mercantil (...). La LSA de 1951, por consiguiente, siguiendo un criterio generalizado en la mayoría de las legislaciones de los países occidentales (...) eliminó la posibilidad de que una sociedad que se calificara como civil pudiera tener la forma de sociedad anónima, ya que por éste simple hecho se calificaba plenamente como sociedad mercantil”, añadiendo, en p. 101, que “esta indiferencia del objeto social permite afirmar que éste en la sociedad anónima no ha de ser necesariamente una actividad de carácter económico, sino que puede ser de otro tipo”, bien que con anterioridad, en p. 110, hubiera precisado que , “el hecho de que una sociedad tenga en todo caso carácter mercantil implica que asume la condición de empresario social, lo que significa que atrae hacia sí toda la compleja normativa referente al status del empresario o comerciante”; También GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de Sociedades*), pp. 37 y 74-75; En nuestra legislación actual se mantiene esa mercantilidad por la forma, como precisan SÁNCHEZ CALERO F., y SÁNCHEZ-CALERO GULARTE, J., op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*), p. 384; VAQUERIZO, A., “Artículo 1º”, en *Comentario a la Ley de sociedades de Capital*, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I, Título I, Disposiciones generales, Capítulo I, Las Sociedades de Capital, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2011, pp. 197-199; PAZ-ARES, C., “Lección 16. Las Sociedades Mercantiles”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, v, I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 386; Afirma la Resolución de 20 de enero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, recaída en el recurso gubernativo interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de La Orotava a inscribir una escritura de donación otorgada por una sociedad, y según la cual: “Ciertamente, el tipo de la sociedad anónima (...) es adoptado en algunas ocasiones como simple técnica organizativa, habida cuenta de su funcionalidad y el criterio de mercantilidad formal de aquéllas -cualquiera que sea su objeto-, derivado de la propia regulación legal (artículo 2 de la Ley de Sociedades de Capital). Por ello, dada la indudable existencia de sociedades de capital que, en la realidad y según la legislación especial, carecen de base

empresarial y ánimo de lucro en sentido estricto, no cabe desconocer las opiniones doctrinales que niegan o interpretan muy flexiblemente la finalidad lucrativa como elemento caracterizador de la sociedades de capital, por considerar que prevalece el elemento estructural u organizativo del concreto tipo social adoptado y no el fin perseguido de suerte que sería suficiente que la sociedad proporcione ventajas patrimoniales a la actividad de los socios. Aun cuando se trate de sociedades con objeto claramente lucrativo (...) debe partirse, por una parte, de la capacidad general de la sociedad como sujeto de derecho para realizar actos jurídicos, según resulta de los artículos 38 del Código Civil y 116, párrafo segundo, del Código de Comercio, salvo aquellos que por su propia naturaleza o por hallarse en contradicción con las disposiciones legales no pueda ejecutar (vid. la Resolución de 2 de febrero de 1966), y es que, como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2010, “nuestro sistema parte de la plena capacidad jurídica y de obrar de las sociedades mercantiles que, en consecuencia, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en las que puedan incurrir sus gestores, pueden desplegar lícitamente tanto actividades “estatutarias” (dentro del objeto social), como “neutras” (que no suponen el desarrollo inmediato del objeto fijado en los estatutos) y “extraestatutarias”, incluso cuando son claramente extravagantes y ajenas al objeto social. (...) Esta capacidad en modo alguno queda mermada por las previsiones contenidas en el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 -hoy 234 de la Ley de Sociedades de Capital—, que atribuye a los administradores societarios el poder inderogable de vincular a la sociedad con terceros, con independencia de que su actuación se desarrolle dentro de la actividad fijada como objeto estatutario inscrito en el Registro Mercantil o fuera de ella, sin perjuicio de que la transgresión del objeto estatutario pueda ser oponible frente a quienes no hayan obrado de buena fe y sin culpa grave”. Por otra parte, como señala la citada Resolución de esta Dirección General, debe distinguirse entre el objeto social -diferente de ese fin genérico o social que es la obtención de lucro o ganancia, o las meras ventajas desde la perspectiva del concreto objeto social-, y los actos aislados que aunque se otorguen con carácter de liberalidad pueden admitirse “bien porque —como sucede con los regalos propagandísticos-beneficien indirectamente a la Sociedad, y podrán entrar dentro del concepto de gasto ordinario o extraordinario de la Empresa social a que hace referencia el art. 105 de la Ley de Sociedades Anónimas, bien porque se hagan con cargo a beneficios o reservas libres o porque se pretenda remunerar en cuantía no exorbitante ciertos servicios prestados por un antiguo empleado no exigibles legalmente —contemplados en el art. 619 del CC-..., bien porque en casos excepcionales y aun para cuestaciones o contribuciones regulares y por razones impuestas por un comportamiento de solidaridad social u otras igualmente atendibles deba admitirse, incluso en esferas alejadas de la Empresa, la donación pura y simple, como ya ha reconocido la jurisprudencia de algún país europeo”. Igualmente, en la Resolución de 22 de noviembre de 1991 este Centro Directivo admitió la realización de actos de liberalidad cuando, por sus características, no comprometan la preponderancia del sustancial objeto lucrativo; y esta posibilidad cuenta con reconocimiento en la legislación fiscal (cfr. artículos 14, números 1.e) y 3, y 15.2.a) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo”).

²⁹¹ “La libertad de ofertar bienes es desarrollada profesionalmente por un sujeto con ánimo de lucro. Esta definición nos conduce a dos aspectos centrales: (i) la empresa y (ii) el mercado (...). El comercio aparece inextricablemente unido a la empresa y al mercado: una vinculación bidireccional. El comercio une a la empresa con el mercado: no hay comercio sin empresa pero tampoco hay comercio sin mercado; el comercio precisa de la empresa y del mercado (...). La vinculación se produce igualmente en la dirección contraria: no hay empresa ni mercado sin comercio; aquella y éste precisan de la actividad de ofertar bienes (...). El elemento que falta es el que cualifica a todos los aspectos reseñados (comercio, empresa y mercado): la libertad de comercio, la libertad de empresa y la libertad de mercado). En la dimensión subjetiva, la alusiva al sujeto que las desarrolla, al como los sujetos actúan como la empresa, despliegan la actividad de comercio e interactúan en el marco institucional del mercado. Es una cualidad alusiva a los sujetos”, indica BETANCOR, A., “*La problemática naturaleza jurídica de la libertad de comercio: libertad que no es sino intervención*”, en Por el Derecho a la Libertad, Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, v. II, Garantías del Ciudadano en el Régimen Administrativo, Portal Derecho, S.A.-Iustel, Madrid 2014, pp. 2188-2189; “al designar la economía de mercado como marco necesario de la libertad de empresa, la Constitución está utilizando el término mercado sin duda para denotar un determinado sistema económico”, indica RUBIO LLORENTE, F., “*La libertad de empresa en la Constitución*”, en Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. I, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1996, p. 444.

²⁹² “Tal como demuestra el número de transacciones internacionales realizadas, las fusiones y adquisiciones transfronterizas han cobrado importancia, contribuyendo más que proporcionalmente en el aumento del valor de las fusiones. En 1986 el 17,6% del valor total de las fusiones y adquisiciones provenía de fusiones transfronterizas, proporción que aumentó en 1990 hasta un 39,90%, y hasta un 37,2% en 2001”, indican LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPP HONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. Cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*) p. 4.

²⁹³ MASCAREÑAS, J., op. cit. (*Fusiones, Adquisiciones y Valoración de Empresas*), p. 20, en donde además afirma lo siguiente: “Una operación de fusión no sólo es muy compleja sino que va a terminar afectando a las empresas participantes de manera definitiva”; Mismo autor en “*Fusiones y adquisiciones de empresas*”, Cuarta edición) McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U., Madrid 2005, p. 1, que afirma en p. 2, “Una empresa que crea valor no sólo beneficia a su accionistas, sino también al valor de todos los derechos de las otras partes involucradas, mientras que, en cambio, todas las partes involucradas se resienten cuando la dirección fracasa en la creación de valor para el accionista. Luego la creación del máximo valor va a ser también el objetivo perseguido al realizar una fusión (...). Es evidente que hay otros muchos objetivos que se intentan lograr a través de dicha operación. Pero ninguno de ellos es tan completo ni tan equitativo como el de creación de valor; Precisan IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., op. cit. (*Lección 25. Las Modificaciones estructurales de las Sociedades*), p. 576, que la fusión permite a las empresas “alcanzar una mayor dimensión y adaptarse a las exigencias cambiantes del mercado”.

²⁹⁴ FONT GALAN, J. I. y PINO ABAD, M., “*La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (solo) jurídica del concepto legal de sociedad*”, en Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, v. I, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U, Madrid 2002, p. 605.

²⁹⁵ Respecto de la fusión, en general, precisa GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de Sociedades*), p. 359, que “la motivación económica que sirve para explicar esta figura, se centra alrededor de la “concentración de empresas”, que, a veces, postula la unión de las fuerzas productivas y la eliminación de entidades u organizaciones exuberantes. Es conveniente, a fines metodológicos, enmarcar la fusión en el cuadro general de las relaciones económicas entre empresas, pero no se debe pasar de la indicación de que, en efecto, en la fase actual de la evolución económica, las unidades productoras tienden a reglamentar la competencia o reestructurarse ante ella para eludirlas consecuencias dolorosas de los reajustes o para otros fines no tan explicables. Ahora bien, la fusión puede no insertarse necesariamente, en el régimen de la competencia económica y, a pesar de ello, quedar intereses legítimos que aconsejarían la acogida de la figura en los ordenamientos positivos (por ejemplo, acoplamiento de la estructura de las empresas a las circunstancias)”.

²⁹⁶ “La observación de la realidad pone de manifiesto que han existido y existen entidades constituidas como sociedades de capital que de hecho no tienen finalidad lucrativa ni directa ni indirectamente (...). El fin de lucro, directo o indirecto, es -continúa siendo- un elemento esencial del concepto de sociedad. Estas entidades constituidas como sociedades de capital que de hecho no tienen finalidad lucrativa no son, en realidad sociedades, sino asociaciones en forma de sociedad de capital”, afirma ROJO, A., op. cit. (*Artículo 19*), p. 315.

²⁹⁷ SÁNCHEZ RUÍZ, M., “*Conflictos de intereses entre los socios en sociedades de capital*”, Editorial Aranzadi, S.A., Elcano (Navarra), 200, p. 59, en donde, pp. 59-60, tratando sobre las corrientes institucionalistas del interés social “*unternehmen an sich*”, afirma que según la misma “la empresa-sociedad anónima se considera un instrumento esencial para el desarrollo económico, por lo que su promoción debe constituir el objetivo prioritario de la legislación. En cuanto centro de reunión de grandes capitales y medios de producción, debe ser motor del progreso científico, económico y social (...). La empresa, en sí misma, es considerada titular de un interés propio a la máxima eficiencia productiva, cuya protección debe ser absolutamente preferente frente a cualquier otro (interés individual de los socios, de los trabajadores, etc.). En consecuencia se postula una reducción drástica de los derechos de los accionistas, particularmente de los minoritarios ajenos a la administración (...). En cuanto a la organización de postula un reforzamiento de la estabilidad autonomía del órgano de administración, el cual, desprovisto de motivaciones económicas propias, es visto como el más adecuado para la satisfacción del interés de la empresa”

²⁹⁸ HERNANDO CEBRIÁ, L., “*El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: Interés de la sociedad e interés en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la “tercera vía” societaria*”, RDBB núm. 133, Enero-Marzo 2014, pp. 92-107.

²⁹⁹ Al “interés social, entendido como interés de la sociedad” se refiere el artículo 226 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; al “interés social”, sin definirlo, pero parece que identificándolo a la postre, con el “interés de la empresa” se refiere el artículo 215-11 de la Propuesta de Código Mercantil, si se tiene en cuenta lo dispuesto en los artículos 215-7 a 215-14, especialmente el artículo 215-7, apartado 2, que establece lo siguiente: “Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y control de la empresa”; Indica HERNANDO CEBRIÁ, L., op. cit. (*El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: Interés de la sociedad e interés en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la “tercera vía” societaria*), pp. 94-95, “frente a la tradicional consagración de la teoría contractualista en nuestro sistema, en referencia al interés común de los socios, el artículo 1226 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital acude al interés social, como “interés de la sociedad. Con el recurso a esta “tercera vía”, no se

abandona la teoría contractual, de mayor preeminencia en los últimos tiempos. Pero tampoco se acoge la doctrina de la empresa, si bien se escinde el interés de la sociedad, como ente autónomo dotado de personalidad propia, de los intereses particulares de los socios, y del interés de la empresa, ligado un interés general”.

³⁰⁰HERNANDO CEBRIÁ, L., op. cit. (*El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: Interés de la sociedad e interés en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la “tercera vía” societaria*), afirma, en p. 98, que “en la sociedad, entendida como organización, junto al interés social, y además del “interés de la empresas”, aparecen otros intereses que, no obstante, precisan ser diferenciados del interés social, enumerándolos y describiéndolos a continuación, en pp. 98-108.

³⁰¹ HERNANDO CEBRIÁ, L. op. cit (*El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: Interés de la sociedad e interés en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la “tercera vía” societaria*), pp. 96-98; “El interés social enlaza con los accionistas, mientras que la RSC apunta, precisamente, a aquellos distintos de los titulares del capital social. Los recursos que se aplican en interés de éstos podrá considerarse que constituyen una detracción patrimonial en perjuicio de los accionistas”, afirman AAVV. “*Responsabilidad social de las organizaciones* (Sánchez-Uran Azaña, Y., dir., Grau Ruín, M. A., coord.) Editorial Grupo 5 SLU, Madrid 2013, p. 102, que se preguntan, de seguido, si son compatibles el “interés social” y la “responsabilidad social corporativa”; La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece en su artículo 39, titulado “Promoción de la responsabilidad social de las empresas”, lo siguiente: “1. Con el objetivo de incentivar a las empresas, organizaciones e instituciones públicas o privadas, especialmente a las pequeñas y medianas y a las empresas individuales, a incorporar o desarrollar políticas de responsabilidad social, las Administraciones Públicas mantendrán una política de promoción de la responsabilidad social, difundiendo su conocimiento y las mejores prácticas existentes y estimulando el estudio y análisis sobre los efectos en materia de competitividad empresarial de las políticas de responsabilidad social. En particular, el Gobierno pondrá a su disposición un conjunto de características e indicadores para su autoevaluación en materia de responsabilidad social, así como modelos o referencias de reporte, todo ello de acuerdo con los estándares internacionales en la materia. 2. El conjunto de características, indicadores y modelos de referencia a que se refiere el apartado anterior deberá atender especialmente a los objetivos de transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, compromiso con lo local y el medioambiente, respeto a los derechos humanos, mejora de las relaciones laborales, promoción de la integración de la mujer, de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de la igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del consumo sostenible, todo ello de acuerdo con las recomendaciones que, en este sentido, haga el Consejo Estatal de la Responsabilidad Social Empresarial, constituido por el Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas. 3. Las sociedades anónimas podrán hacer públicos con carácter anual sus políticas y resultados en materia de Responsabilidad Social Empresarial a través de un informe específico basado en los objetivos, características, indicadores y estándares internacionales mencionados en los apartados anteriores. En todo caso, en dicho informe específico deberá constar si ha sido verificado o no por terceras partes. En el caso de sociedades anónimas de más de 1.000 asalariados, este informe anual de Responsabilidad Social Empresarial será objeto de comunicación al Consejo Estatal de Responsabilidad Social Empresarial que permita efectuar un adecuado seguimiento sobre el grado de implantación de las políticas de Responsabilidad Social Empresarial en las grandes empresas españolas. Asimismo, cualquier empresa podrá solicitar voluntariamente ser reconocida como empresa socialmente responsable, de acuerdo con las condiciones que determine el Consejo Estatal de Responsabilidad Social Empresarial. 4. El Gobierno facilitará los recursos necesarios para que el Consejo Estatal de Responsabilidad Social Empresarial pueda llevar a cabo plenamente sus funciones”; En el mismo sentido el Informe de la Comisión de la Inversión, la tecnología y las cuestiones financieras conexas, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Grupo Intergubernamental de Trabajo de Expertos en Normas Internacionales de Contabilidad, elaborado en el 15º período de sesiones, en Ginebra, del 11 a 13 de febrero de 1998; también la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental; El informe anual de responsabilidad social empresarial explica las actuaciones, procesos y decisiones que se toman en materia de responsabilidad social por la sociedad (empresa) en desarrollo de las obligaciones y compromisos asumidos sociales, laborales, medioambientales y de derechos humanos, que venía estando integrado en el Informe Anual /Memoria, a que ahora ha de elaborarse de forma independiente. Según la Global Reporting Initiative (2006) “una memoria de sostenibilidad es la práctica de medir, informar y asumir responsabilidades sobre el desempeño de la organización al tiempo que se trabaja hacia el objetivo del desarrollo sostenible. Una memoria de sostenibilidad ofrece una imagen equilibrada y razonable del desempeño de sostenibilidad de la organización informante, incluyendo aportaciones tanto positivas como negativas”.

³⁰² SÁNCHEZ RUÍZ, M., op. cit. (*Conflictos de intereses entre los socios en sociedades de capital*), p. 61, afirmado en pp. 61-62, que “las divergencias empiezan (...) al formular los criterios para la creación de los intereses de los

socios incluidos en el concepto (...). Las posiciones contractualistas difieren igualmente respecto a la función que debe cumplir el interés social”.

³⁰³ SÁNCHEZ RUÍZ, M., op. cit. (*Conflictos de intereses entre los socios en sociedades de capital*), pp. 65-66, que afirma el predominio de la corriente contractualista en nuestro sistema

³⁰⁴ SÁNCHEZ RUÍZ, M., op. cit. (*Conflictos de intereses entre los socios en sociedades de capital*), pp. 67-74, que afirma, en pp. 75-78, lo siguiente: “El concepto de interés social hace referencia, de conformidad con la orientación preferentemente contractualista que impera en nuestro Derecho, únicamente a intereses de los socios, con exclusión de otros sujetos relacionados, más o menos directamente, con la empresa social. Ahora bien, no todos los intereses correspondientes a los socios en el ámbito de las relaciones sociales internas deben reconducirse necesariamente a la noción de interés social (...). Del conjunto de intereses de los socios reconocidos por el Ordenamiento jurídico-societario, solo algunos, precisamente los que cabe agrupar bajo la noción estricta de “interés social”, se presumen comunes a todos los socios (...). Junto a aquellos, suele reconocerse una esfera de intereses individuales de los socios singularmente considerados que, con carácter general no pueden ser desconocidos por los órganos sociales, ni siquiera en aras de ese interés social común (...). La distinción (...), de una concepción amplia (que incluiría todo interés, común o individual, de los socios reconocido por la disciplina jurídico-societaria) y una acepción estricta (comprensiva sólo de los intereses comunes a todos los socios) puede ofrecer algunas ventajas (...), puede concluirse que la noción de interés social permite diferentes aproximaciones a la misma. Dese la perspectiva general (...) no parece posible concretar el contenido de éste concepto más allá de la opción entre la orientación contractualista o institucionalista. Una vez entendido este concepto como comprensivo de intereses reconducibles, única y exclusivamente, a los socios, no parece posible una mayor profundización en su contenido y funciones”.

³⁰⁵ HERNANDO CEBRIÁ, L., op. cit. (*El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: Interés de la sociedad e interés en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la “tercera vía” societaria*), pp. 96-97.

³⁰⁶En el “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas”, de fecha 14 de octubre de 2013, elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, se considera que el concepto de interés social, “incluye también el interés del socio común o del común de los socios, frecuentemente amenazado por el interés del socio mayoritario” (Apartado 3.9), y que la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría, entendiéndose que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría para obtener un beneficio propio en detrimento injustificado de los demás socios (apartado 3.9.iii)

³⁰⁷ Precisa ESCRIBANO GAMIR, R. C., op. cit. (*La Protección de los Acreedores Sociales frente a la Reducción del Capital Social y las Modificaciones Estructurales de las Sociedades anónimas*), p. 66; Indican SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*), p. 767, que las fusiones constituyen fenómenos de integración económica empresarial “tendientes hacia el fortalecimiento de las empresas y hacia nuevas organizaciones de la actividad económica”; Según GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de Sociedades*), p. 359, en las fusiones “evidentemente, hay una finalidad de facilitación del proceso de constitución de empresas de dimensiones correspondientes a las del Mercado Común Europeo en las medidas legislativas (Convenio sobre fusiones para el desarrollo del artículo 220 del Tratado de Roma, Proyecto de “Directive” de 16 de junio de 1970, modalidades de constitución de la sociedad europea previstas en el proyecto de la misma)”.

³⁰⁸ MENÉNDEZ, A. “*Sociedad anónima y fin lucrativo*”, AARAJL núm. 24, 1994, pp. 163-164, indica que “la afirmación de la finalidad lucrativa como elemento del concepto de sociedad ha sido un cuestión pacífica hasta una época relativamente reciente. Se pensaba y se sigue pensando por un importante sector de la doctrina, y sin fisura por la jurisprudencia, que los artículos 1664 del Código civil, y 116 del Código de comercio son contundentes en ese sentido y que la distinción precisa entre sociedad y asociación en nuestro ordenamiento tampoco deja hueco para la duda (...). Esta orientación ha seguido oprimando, con diferencias de matiz, en la doctrina mercantilista más moderna. (..) Pero como es sabido frente a ésta posición, continuadora del criterio que ha venido inspirando a los sistemas latinos, hace años se ha abierto entre los estudiosos del Derecho Mercantil una brecha de considerable importancia doctrinal. Seducidos por las orientaciones del Derecho societario alemán los autores que se mueven en esta dirección intentan introducir en nuestro ordenamiento aquel concepto amplio de sociedad que se ve en el origen negocial y en la promoción por los socios de un fin común -pero no necesariamente lucrativo- los requisitos necesarios y suficientes para hablar de sociedad. El mérito de este ensayo corresponde al Prof. Girón Tena, que de forma continuada vino preconizando esta orientación a partir ya de su trabajo “Sociedades civiles y mercantiles: distinción y relaciones den Derecho español”, publicado en 1947 (...). Esta tesis ha encontrado un amplio eco en un autorizado sector de la doctrina española”, concluyendo, en p. 177, lo siguiente, “en todo caso no quiero ocultar mis vacilaciones ya firmar a la vez que el estado actual de la doctrina sobre tan importante

cuestión está mostrando la necesidad de superar la confusión que genera (...) tan distintas y radicales orientaciones y la misma manipulación ; de los textos legales”; En el texto refundido de la Ley de la Ley de Sociedades de capital por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, la sociedad anónima se incluye entre la sociedades de capital (con la sociedad limitada y la sociedad comanditaria por acciones) y “las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil” (artículo 2); esto es , “la sociedad anónima es sociedad mercantil, y esto sin hacer referencia a la actividad u objeto que haya de desarrollar”, afirman SÁNCHEZ CALERO, F, y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*”, (36ª edición, 9ª en Aranzadi), p. 384; En términos parecidos se manifiesta ROJO, A, “*El Empresario. Lección 2ª de las Lecciones Derecho Mercantil, V. I, (undécima edición) v. I*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 55; Cuestión que no despeja la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de las Comisión General de Codificación, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, Madrid 2013, que en su artículo 211-1, afirma que “son sociedades mercantiles las que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado y las que, cualquiera que sea su objeto, adopten uno de los siguientes tipos (...) d) La sociedad anónima”; Esta cuestión, como ya se indicó, se arrastra desde la LSA de 17 de julio de 1951, como precisa SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*), pp. 95-102, y en p. 102, alude a la posibilidad de sociedades anónimas cuyo “objeto social pueda concretarse en una actividad que no tenga la consideración de lucrativa”, desarrollándolo, en pp. 102-105; “Las sociedades de capital pueden tener cualquier objeto social, pero no cualquier causa negocial, sino la que es legalmente típica. Y si esto es así el principio de indiferencia del objeto social debe encontrar necesariamente u límite normativo, justo en la frontera de la causa negocial típica que interpone como barrera defensiva límite la ineptitud económico-funcional del objeto social para generar ganancias sociales repartibles, pues sólo así, esto es garantizando aptitud funcional-lucrativa del objeto social se podrá asegurar la plena y cabal realización de la causa negocial típica del contrato de sociedad. Por consiguiente, si la indisponibilidad causal del lucro condiciona la estructura social a través del objeto social necesariamente apto para la ganancia, puede sostenerse que ambos elementos normativos –lucro y objeto social- se requieren mutuamente, esto es, tanto causal o negociablemente, como también societariamente: lucro y objeto social forman parte del programa causal del contrato de sociedad; en otras palabras: lucro y objeto social afirman ” forman parte del programa causal del contrato de sociedad, de modo que su ensamblaje bien e requerido tanto legal como económicamente, en el modelo normativo del instituto societario”, afirman FONT GALAN, J. I. y PINO ABAD, M., op. cit. (*La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (solo) jurídica del concepto legal de sociedad*), pp. 591-592; GARRIGUES, J., “*Tratado de Derecho Mercantil*”, t. I, v. 2º, Revista de Derecho Privado, Madrid 1947, pp. 661-663, define la sociedad por acciones o anónima indicando que “es la sociedad capitalista dedicada, con capital propio dividido en acciones y bajo el principio de responsabilidad limitada de los socios frente a la sociedad, a la explotación de una industria mercantil”, señalando como características de la misma: 1) Sociedad capitalista, a) División del capital en acciones; b) Carácter personal; c) Participación en los derechos proporcionada a la participación en el capital; 2) Sociedad de responsabilidad limitada; 3) Sociedad regida democráticamente.

³⁰⁹ Para un análisis detallado refutando estas posiciones FONT GALAN; J. I. y PINO ABAD, M., op. cit. (*La relevante cusa negocial de la sociedad. Una relectura (solo) jurídica del concepto legal de sociedad*), pp. 572-583; Distingue entre “forma” y “tipo” y la posibilidad de aludir a la sociedad anónima como tipo general, SÁNCHEZ CALERO, F. op. cit. (*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*), pp. 9-13.

³¹⁰ HERNANDO CEBRIÁ, L. op. cit (*El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: Interés de la sociedad e interés en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la “tercera vía” societaria*), pp. 123-125.

³¹¹ GÓMEZ SEGADE, J. A., p. cit. (*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión.*) p. 5030, considera la fusión una “técnica de ingeniería societaria al servicio de la reestructuración de las empresas”; Alude a la fusión como un fenómeno de “reestructuración empresarial” ESCRIBANO GAMIR, R. C., “*La Protección de los Acreedores Sociales frente a la Reducción del Capital Social y las Modificaciones Estructurales de las Sociedades anónimas*”, p. 66.

³¹² “La prosecución de la coordinación prevista por el artículo 50, apartado 2, letra g), del Tratado, así como por el Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, e iniciada por la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades definidas en el artículo 58, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, es especialmente importante con respecto a las sociedades anónimas, ya que la actividad de estas sociedades es predominante en la economía de los Estados miembros y se extiende más allá de los límites de su territorio nacional”, indica el Considerando 2 de la Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la

sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital”; A “papel predominante de la corporación en la economía moderna” se refiere GALBRAITH, J. K., op. cit. (*La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*), p. 10.

³¹³ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 39.

³¹⁴ Como indican ARAGÓN LÓPEZ, R., GÁMEZ MARTÍNEZ, S., GÓMEZ-BEZARES PASCUAL, F., MSCAREÑAS GÓMEZ, I. Y VIÑOLAS SERRA, P., “*La valoración de la empresa*”, Consejo General de colegios de Economistas de España, Madrid 2009, p.20, la fusión uno de los supuestos fundamentales de valoración de empresas.

³¹⁵ ARAGÓN LÓPEZ, R., GÁMEZ MARTÍNEZ, S., GÓMEZ-BEZARES PASCUAL, F., MSCAREÑAS GÓMEZ, I. Y VIÑOLAS SERRA, P., op. cit. (*La valoración de la empresa*), pp. 20-22, que aluden a la valoración de la empresa como “valor de los fondos propios=valor de la empresa-valor de la deuda”.

³¹⁶ AZOFRA, F., “*El Informe Winter sobre modernización del derecho societario en Europa*”, Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, núm. 4/2003, p. 42, precisa que “el Informe parte, en esta materia, de la constatación de que los efectos económicos respecto de la sociedad absorbente de una fusión no son muy diferentes de los derivados de una compra por canje de acciones u otras operaciones ordinarias que entrañan la asunción de obligaciones y la emisión de capital. No obstante esta similitud en los efectos económicos, las operaciones de fusión se encuentran sujetas a formalidades especiales de aprobación por una junta especial de la sociedad absorbente, o al menos, medidas de publicidad y protección de los minoritarios (a las que se refiere la Tercera Directiva), que no se imponen en esas otras operaciones similares”; “No toda fusión supone una adquisición, ya que el instrumento de la fusión tiene otras muchas utilidades, tales como la reestructuración de grupos de empresas o uniones de empresas sin que supongan un control efectivo de ninguno de los participantes”, afirma ÁLVAREZ ARJONA, J. M^a, “*Adquisiciones de empresas Capítulo I. Elementos comunes y la estrategia del cierre*”, en Adquisiciones de empresas, González Acebo & Pombo/Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 62; Al extremo de que el concepto comercial y financiero anglosajón es “*mergers&acquisitions*” (fusiones y adquisiciones), BAINBRIDGE, S., “*Mergers and Acquisitions*”, Fundations Press ; New York, 2003; NORN, N., “*Global Cross-Border Mergers, and Acquisitions, Cross-Border Mergers and Acquisitions and the Law*”, Studies in Transnational Economic Law, v. 15, Kluwer Law International, 2001, CARNEY, W., “*Mergers and Acquisitions, cases and materials*”, New York 2000.

³¹⁷ En relación con el espacio de la Unión Europea, indica la Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas de capital, en su Considerando 1, que “las sociedades de capital de los diferentes Estados miembros tienen necesidad de cooperación y reagrupamiento”.

³¹⁸ Precisa GIRÓN TENA, J., “*Apuntes de Derecho Mercantil*”, T. I (*La Empresa*), Universidad Complutense-Facultad de Derecho, Madrid 1983-1984, p. 7, que “la terminología que se emplea en la materia “Empresa” no es buena, no es muy precisa en el tráfico, es más bien ambigua y polivalente”, y acerca de los diversos conceptos de empresa pp. 45-87. Precisa GONDRA, J.M., “*Derecho Mercantil*”, I, *Introducción*, Servicio de Publicaciones Facultad de derecho. Universidad Complutense Madrid, Madrid 1992, p. 128 que “no hay un concepto jurídico único de la Empresa con pretensión de validez para todo el campo del Derecho”; Sobre sus diversos aspectos jurídico privados, SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*), pp. 101-104; Empresa y economía de mercado se encuentran íntimamente relacionadas, así afirma SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “*Introducción al Derecho Mercantil*”, CIVITAS, Madrid 1998, p. 51, que “la más importante manifestación del principio de iniciativa privada se concreta (...), en el fenómeno de la “empresa privada”. Constituye ésta la forma que adoptan las unidades económicas de producción que se asientan sobre un grado de “organización de factores productivos (capital y trabajo) para la producción de bienes y servicios con destino a un mercado” y su característica más acusada deriva de su conformación capitalista estructurada sobre la oposición capital-trabajo. Porque, en efecto, el dato definidor de la empresa privada reside en la atribución de la condición de empresario y por tanto del poder de decisión, al propietario de los medios materiales de producción (esto es, al propietario del capital), sujeto sobre lo que se hace recaer tanto los beneficios como las pérdidas que la gestión empresarial reporte y al que se asigna la condición de acreedor de las fuerzas de trabajo que en la empresa se combinan. Tal configuración jurídica es el resultado de la proyección de esquemas y características propias de la actividad económica mercantil preindustrial al plano de las realidades económicas surgidas con el fenómeno de la producción en masa y, concretamente, con la progresiva afirmación del sector trabajo como factor de producción de primera magnitud”; “Podemos definir una empresa como el conjunto formado por una pluralidad de elementos – activos, deudas, organización, fondo de comercio, personas- organizados entre sí y tendentes a un fin, que en la producción de bienes y servicios”, precisa ÁLVAREZ ARJONA, J. M^a, “op. cit. (*Adquisiciones de empresas Capítulo I. Elementos comunes y la estrategia del cierre*)”, pp. 62-63; PAZ AREZ, C., Y ALFARO AGUILA-REAL, J., “*Ensayo Sobre la libertad de empresa*”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo,

Thomson-Civitas, Madrid 2003, pp. 5977-5978; Sobre empresa y Derecho Mercantil, ESPINA, D., *“La empresa en el Derecho Mercantil”*, Ateler, Barcelona 2006, especialmente pp. 35-42 y 59-70; PAGADOR LÓPEZ, J., *“II. La empresa.1. Concepto”*, en Nociones de Derecho Mercantil, octava edición (J. Jiménez Sánchez, coord.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2014, p. 19, donde precisa que “una mirada a la realidad pone de manifiesto que el desarrollo de las actividades económicas se centra en torno a organismos que denominamos empresas”, y, en p. 20 que “la empresa puede ser objeto de tráfico en virtud de distintos negocios jurídicos”; En relación con el concepto de “empresa” en el Derecho del Trabajo, ALONSO OLEA, M., op. cit. (*Introducción al Derecho del Trabajo*), que alude, en pp. 524-526, a “una asociación de dominación” o “estructura autoritaria”; Afirman “muchas son las teorías que explican la empresa como fenómeno o realidad jurídica”, que desarrollan de seguido, De la VILLA, L. E. y PALOMEQUE, M.C., op. cit. (*Lecciones de Derecho del Trabajo*), p. 639; Precisa la STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 28 de mayo de 1998, que la empresa, en cuanto que realidad socio económica es objeto de las diferentes ramas del derecho, cada una de las cuales atiende a aspectos diferentes “sin perjuicio de mantener un núcleo esencial de identidad”; Un “concepto de empresa” se ofrece en el artículo 131-1 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en 2013, Gobierno de España-Ministerio de Justicia 2013, p. 120, en los siguientes términos: “La empresa es el conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado”, y la transmisión a de la empresa “por cualquier título” dedica los arts. 132-1 a 132-6; sobre la diferenciación entre empresa y empresario ASCARELLI, T., *“Iniciación al estudio del Derecho Mercantil”*, Studia Albornotiana-Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1964, pp. 309-321; Sobre el concepto de “empresa” capitalista, INGHAM, G., op. cit. (*Capitalismo*), pp. 146-176; En esa línea, el artículo 131-1 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, Madrid 2013, (en adelante Propuesta de Código Mercantil), siguiente “concepto de empresa”: “La empresa es el conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado”

³¹⁹ “Desde un punto de vista económico la fusión ha de situarse dentro de lo fenómenos de integración económica”, afirman SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*), p. 767; GARRIGUES, J., *“Tratado de Derecho Mercantil”*, t. I, v. 3º, Revista de Derecho Mercantil, Madrid 1949, pp. 1269-1270, indicaba lo siguiente: “Son múltiples los motivos económicos que impulsan hacia la fusión como forma moderna de concentración industrial”; Afirma ESTEBAN RAMOS, L. Mª, *“Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección”*, Revista de Derecho de Sociedades- Monografías, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 39-41, que “la fusión como forma de concentración empresarial, supone la reunión de varias empresas en una sola, normalmente una gran empresa (...) la concentración, fenómeno característico del sistema de economía de mercado en su evolución más reciente, tuvo sus orígenes en los países anglosajones en el siglo XIX, experimentando en los últimos años un notable aumento”.

³²⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 72, donde alude a que “la fusión de sociedades puede ser aplicada para la configuración de un holding, en conexión con otras modalidades de modificación estructural”.

³²¹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), pp. 72-73, en donde precisa que “la fusión de sociedades puede arbitrarse para la reorganización del interior de un grupo de sociedades (...). En relación a los grupos, es frecuente que la fusión se combine con otras técnicas jurídicas, como la sección, dependiendo de cuál sea el planteamiento estratégico que esté en la base de la reorganización”.

³²² LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 73, indicando en p. 74, que “esta opción es posible porque la realización de una fusión de sociedades no exige disponer de liquidez”.

³²³ BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., op. cit. (*Manual de Derecho Mercantil*), p. 568.

³²⁴ LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPO HONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. Cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 15.

³²⁵ Según establece el Considerando 2 de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, “las fusiones, (...) entre sociedades de

diferentes Estados miembros pueden ser necesarios para crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior, y para garantizar así el buen funcionamiento de dicho mercado. Dichas operaciones no deben verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros. Por consiguiente, es importante establecer para dichas operaciones unas normas fiscales neutras respecto de la competencia, con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado interior, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional”; En relación con la Sociedad anónima Europea (SE), afirma FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Capítulo 1. El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho Comunitario de Sociedades: Consideraciones de política y técnica jurídicas”, en La Sociedad Anónima Europea. Régimen Jurídico Societario Labora y Fiscal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona 2004, p. 24, aludiendo a las buenas razones que, en opinión de sus redactores, justifican su creación, destaca, en primer lugar a la “necesidad de reestructurar a escala comunitaria las unidades de producción mediante la creación y gestión de sociedades de dimensión europea, que en el plano empresarial garanticen una correspondencia mínima entre unidad económica y unidad jurídica en el interior de la Comunidad. La culminación del mercado interior y la mejora de la situación económica y social que la misma debe fomentar en el conjunto de la Unión europea implica la constitución, junto a las sociedades de Derecho nacional, de sociedades cuya formación y funcionamiento estén regulados por un Reglamento de Derecho comunitario directamente aplicable en la totalidad de los estados miembros (...): Una reorganización de tal envergadura requiere (...), que empresas ya existentes, en los distintos Estados miembros tengan la posibilidad de unir sus fuerzas mediante operaciones de (...) fusión (...) eliminando los actuales obstáculos al agrupamiento transfronterizo de sociedades”.

³²⁶ Especialmente para empresas pequeñas, indican LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 15.

³²⁷ LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 15, y que, siguiendo a CASSIMAN, B., COLOMBO, M. G., GARRONE y VEUGELERS, R., “The impact of F&A on the R&D Process. En Empirical Analysis of the Role of Technological and Market Relatedness” IESE Business School and Catholic University of Leuven, indican que el tipo de relación entre la tecnología y el Mercado debería determinar el impacto de una fusión sobre el nivel de I+D. Las empresas que utilizan tecnologías complementarias deberían incrementar el nivel conjunto en I+D después de fusionarse, mientras que entre empresas con tecnologías sustitutivas se podría esperar una reducción del nivel. La agregación de actividades de comercialización (product market activities) puede generar economías de escala y de alcance con consecuencias indirecta en el gasto de I+D”.

³²⁸ LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 15; Afirma PIKETTY, T., op. cit. (*El capital en el siglo XXI*), pp. 36-37 que “el proceso de difusión de los conocimientos y de las competencias es el mecanismo central que permite al mismo tiempo el aumento general de la productividad y la reducción de la desigualdad es, tanto en el seno de los países como entre ellos, según lo ilustra el avance de los países pobres y emergentes, empezando por China, con respecto a los países ricos. Al adoptar los modos de producción y al alcanzar los niveles de cualificación de los países ricos, los países menos desarrollados reducen su retraso en productividad y hacen progresar sus ingresos. Este proceso de convergencias tecnológica puede verse favorecido por la apertura comercial, pero se trata fundamentalmente de un proceso de difusión de los conocimientos y de comparar el saber -bien público por excelencia-, y no de un mecanismo de mercado”, y, en p. 258, que “el crecimiento moderno, basado en el incremento de la productividad y la difusión de los conocimientos, permitió evitar el apocalipsis marxista y equilibrar el proceso de acumulación del capital. Sin embargo no modificó las estructuras profundas del capital, o al menos no redujo verdaderamente su importancia macroeconómica con respecto al trabajo”.

³²⁹ Precisa PIKETTY, T., p. cit. (*El capital en el siglo XXI*), p. 234, que y en p. 234, que “la tasa de rendimiento del capital se determina principalmente por dos fuerzas: la tecnología (¿para qué sirve el capital?) y la abundancia del acervo de capital (demasiado capital mata el rendimiento del capital). Naturalmente, la tecnología desempeña el papel central: si el capital no sirviera para nada como factor de producción, su productividad marginal, por definición sería nula

³³⁰ OLCENSE, A., RODRÍGUEZ, M. A. y ALFARO, J., “Manual de la empresa responsable y sostenible”, pp. 22 y 150, y sobre los tipos y grados de innovación pp. 152-160

³³¹ “Una primera manifestación, bastante obvia, es que las normas son manifestaciones ideológicas, en el sentido de que encarnan justamente modos de concebir y valorar las áreas de la realidad social que, se supone,

aquellas están destinadas a regular”, afirma COURTIS, Ch., “*Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del Derecho*”, en *Observar la ley*, Editorial Trotta, S.A., Madrid 2006, p. 355.

³³²AMABLE, B., “*Les cinq capitalismes: diversité des systèmes économiques et sociaux dans la mondialisation*”, Seuil, Paris 2005, pp. 4 ss.

³³³HALL, R.E. Y JONES, Ch. I., “*Why do some countries produce so much more output per worker than others*”, *Quarterly Journal of Economics*, v. 114, Febrero 1999, pp. 83-116, ALONSO, J. A., y GARCIMARTÍN, C., op. cit. (*Acción colectiva y desarrollo. El papel de las instituciones*), p. 54.

³³⁴INGHAM, G., op. cit. (*Capitalismo*), p. 146; GALBRAITH, J. K., op. cit. (*La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*), p. 83, afirma que “al ser la dirección la que detenta el poder en la gran corporación moderna, el rol de los accionistas pasa a ser ceremonial y depende en gran medida del calendario”, tras haber afirmado, en p. 53 que “a medida que la gran corporación se convertía en el centro de la economía moderna (...), ésta no podía ser controlada por sus accionistas, pues su gestión supone diversas tareas que con demasiada frecuencia requieren decisiones informadas. El poder y la responsabilidad deben recaer sobre aquellos que están adecuadamente cualificados y motivados para esta labor”, lo que no le impide indicar, en p. 54, que “no obstante, la creencia de que el propietario constituye la autoridad última persistió y continúa vigente en nuestros días. En la junta anual se proporciona a los accionistas información sobre la marcha de las empresas, sus beneficios, las intenciones de la dirección y otras cuestiones, incluyendo muchas ya conocidas. Todo ello tiene cierto parecido con una ceremonia de la iglesia baptista. La autoridad de la dirección se mantiene incólume, incluida la facultad de fijar en monto de su propia compensación, bien sea en efectivo o en stock options”, desarrollando una severa crítica determinadas prácticas de las direcciones corporativas en pp. 83-87, concluyendo en ésta última página que “la dirección corporativa debe tener autoridad para actuar, pero o para el robo aparentemente inocente. Controlar el poder corporativo es uno de nuestros mayores retos y, dadas sus dimensiones, una de nuestras necesidades más urgentes”.

³³⁵ De las contempladas en el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento de concentraciones (Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas).

³³⁶ En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Una política industrial integrada para la era de la globalización: poner la competitividad y la sostenibilidad en el punto de mira”, de 24.1.2011 (COM(2010) 614 final /4) se indica lo siguiente: “La competencia impulsa la innovación y la eficiencia, y crea los incentivos para que las empresas aumenten su productividad. Al asegurar que se compite en igualdad de condiciones, la política de competencia garantiza el acceso al amplio y sofisticado mercado interno de la UE. Asimismo, los mercados competitivos incrementan la presión para introducir las mejoras necesarias de la eficiencia, de manera que las empresas incrementen su competitividad y sean capaces de mantenerla. Además, las normas de competencia ofrecen marcos específicos para respaldar la competitividad de la industria europea y la transición hacia una industria con un aprovechamiento de los recursos más eficiente. A través del control de (...) las fusiones, la Comisión vela por una competencia sin distorsiones en el mercado interior. Además, la ejecución de la política de competencia es un instrumento importante para proteger a las empresas europeas de prácticas nocivas contra la competitividad, tales como el reparto de cuotas de mercado, la acumulación y retención de capacidades o la obstaculización de actividades transfronterizas, que conllevan un aumento de los precios. Esto se aplica especialmente a los mercados de insumos, como los servicios vinculados a la industria que son importantes para la competitividad en los costes de las industrias europeas. Por otra parte, al mejorar la innovación y la productividad, la política de competencia constituye un instrumento eficiente para las empresas europeas que les permite abordar algunos aspectos de la competitividad global emergente, entre los que cabe citar su posición en los mercados internacionales. En particular, el control de las fusiones es esencial para garantizar la protección de los clientes industriales europeos y de los consumidores contra aumentos de precios y otros efectos contrarios a la competitividad, sin impedir al mismo tiempo la reestructuración de las empresas mediante fusiones ni su expansión”; “La concentración de empresas se aborda como fenómeno genérico, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, con la finalidad de evitar que los procesos de concentración no conduzcan a situaciones monopolísticas u oligopolísticas que redunden en una disminución de la competencia entre empresas con el consiguiente daño para el mercado interior”, afirma TAPIA HERMIDA, A. J., “*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*”, en *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Fusiones transfronterizas intracomunitarias*, t. I, Thomson Reuters-Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 809.

³³⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 58.

³³⁸ QUEROL ARAGÓN, N. (con la colaboración de NICOLAS LÓPEZ PÉREZ), “*Análisis económico del Derecho*”, Editorial DIKINSON, S. L., Madrid 2014, p. 49.

³³⁹ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de Sociedades*), p. 359.; Indica GÓMEZ SEGADÉ, J. A., p. cit. (*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*), p. 5031, “quizás lo más peculiar del poliedro de la fusión sean las caras con la que lucen normas que implican un control externo. En primer lugar hay que mencionar las normas protectoras de la libre competencia. No puede pasarse por alto el carácter ambivalente de todo proceso de concentración, pues sus efectos positivos pueden resultar contrarrestados por sus efectos nocivos sobre la competencia que constituye un elemento nuclear de nuestro sistema económico”.

³⁴⁰ MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Un análisis de la aplicación privada del derecho de la competencia por los jueces y tribunales españoles”, Revista Práctica de Derecho (CEF), núm. 167, diciembre 21014, pp. 8 ss.

³⁴¹ PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 113-114.

³⁴² Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008) Introducción, apartado B.I.9.

³⁴³ Sobre las concomitancias y diferencias entre integración y concentración QUEROL ARAGÓN, N., op. cit. (*Análisis económico del Derecho*), pp. 63-66.

³⁴⁴ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008) Apartado II, 1.6 (51).

³⁴⁵ Asuntos COMP/M.2706, Carnival Corporation/P&O Princess, de 11 de abril de 2002, y COMP/M.3071, Carnival Corporation/P&O Princess, de 10 de febrero de 2003.

³⁴⁶ No obstante referirse a ambas como “verdaderas fusiones”, el Reglamento (CE) No 802/2004 de la Comisión 21 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, en los Anexos I y II, Secciones 3, apartados 1.a). Sobre las fusione “de facto” SÁNCHEZ MIGUEL, M. C., “*Las fusiones transfronterizas y el derecho de la competencia*”, en Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, v. V, McGrawHill, Madrid 2002, p. 5104; La STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 20 de abril de 2015, se refiere a una “fusión de facto”, que denomina “contrato de integración de sociedades”, no obstante la afirmación del informe de la Dirección General de Investigación de la CNC, que se recoge en el antecedente de hecho décimo segundo en los siguientes términos: “En el informe de la Dirección General de Investigación de la CNC cuyo criterio se asume en la resolución se dice que: a) Estamos ante una operación de concentración del artículo 7.1.c de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia, esto es, “la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma”. Se califica por tanto a la entidad resultante, a pesar de la diversidad de personas jurídicas, como “entidad económica autónoma”; efectivamente que se trata de una “fusión de facto” se deduce del contenido de su antecedente de hecho noveno y décimo, según los cuales: “El día 8 de marzo de 2012 los distintos embotelladores habían firmado un protocolo para definir las líneas rectoras del proceso para su integración en una sociedad de nueva creación para llevar de manera única y exclusiva la fabricación, embotellado, distribución y comercialización de los productos de las marcas propiedad de The Coca-Cola Company en España, Portugal y Andorra, estando prevista para la fecha de la integración la entrada en vigor de un nuevo contrato de embotellador para dichos territorios que suscribirían The Coca-Cola Company, The Coca-Cola Export Corporation y la nueva sociedad embotelladora que se iba a constituir. En el protocolo se preveía que los embotelladores aportarían sus activos y pasivos a la nueva sociedad, aportando las acciones representativas de su capital social a la misma. (...) el 3 de octubre de 2012 los embotelladores celebraron el acuerdo de constitución del embotellador ibérico único y adquirieron el compromiso de mantener el mismo inactivo hasta la ejecución de la integración, tras la aprobación por las autoridades de la competencia. Después de las valoraciones técnicas previstas en el protocolo, queda determinado en anexo al contrato de integración el procedimiento a seguir para determinar el número de acciones de la nueva sociedad que correspondan a los accionistas de las anteriores. El 24 de enero de 2013 se suscribió un denominado “Contrato de integración” entre BEGANO, COBEGA, Cobega Embotellador S.L.U., ASTURBEGA, CASBEGA, COLEBEGA, NORBEGA, RENDELSUR, REFRIGE, Frutos y Zumos S.A. e Ibérica de Bebidas no Alcohólicas -después denominada CCIP- (...). En ese contrato se prevé la previa reestructuración societaria de ASTURBEGA, BEGANO, CASBEGA, COBEGA, COLEBEGA y NORBEGA. Prevén la notificación de la operación a las autoridades de competencia el 31 de diciembre de 2012 (...). El 3 de octubre de 2012 se constituyó en Madrid y mediante escritura notarial la sociedad Ibérica de Bebidas No Alcohólicas S.A., con domicilio social en Madrid, que corresponde al “embotellador ibérico” mencionado en el contrato de integración (...). Su objeto social es la compraventa, fabricación, embotellado, envasado, distribución y comercialización, tanto nacional como internacional, de toda clase de bebidas y productos de

alimentación, incluyendo toda cas de bebidas gaseosas y refrescantes, zumos y néctares o cualesquiera otras bebidas no alcohólicas y, entre ellas, las comercializadas bajo las marcas propiedad de The Coca-Cola Company, así como cualesquiera productos de alimentación. Por acuerdo de la Junta General de 1 de marzo de 2013, elevado a escritura pública el 4 de marzo, la sociedad cambió su denominación por la de Coca Cola Iberian Partners S.A. (CCIP) (...). Los acuerdos entre The Coca-Cola Company y The Coca-Cola Export Corporation con ASTURBEGA, BEGANO, CASBEGA, COBEGA, COLEBEGA, NORBEGA, RENDELSUR Y REFRIGE licenciando el derecho a fabricar, empaquetar, distribuir y vender bebidas bajo las marcas de la empresa en España y Portugal terminaron su vigencia el 21 de febrero de 2013 y no fueron renovados. Con fecha de efectos del 22 de febrero de 2013 The Coca-Cola Company, The Coca-Cola Export Corporation y Coca Cola Iberian Partners suscribieron dos acuerdos de embotellado bajo los cuales CCIP queda autorizado para preparar y envasar bebidas en los envases autorizados por ésta y distribuir y vender las mismas bajo las marcas establecidas en los territorios de España y Portugal, respectivamente (...). Uno de los contratos se refiere a España y Andorra mientras que el otro es el referido a Portugal, también suscrito con CCIP (entonces todavía Ibérica de Bebidas No Alcohólicas S.A.)". En el Voto Particular a la indicada sentencia se indica lo siguiente: "Sentada la legalidad del grupo de sociedades o de empresas porque cada una actuaba como empleadora independiente hasta el momento de integración en el grupo, conviene señalar que la concentración, la creación del grupo, fue resultado de un largo proceso impuesto por Coca-Cola a sus concesionarias en España, a quienes no renovó la licencia hasta que se concentraron, al igual que hizo con sus concesionarias en otros países,...). Resultado de ese proceso fue que, tras las oportunas valoraciones y concreción de los bienes que quedaban en las diferentes concesionarias, se transmitieron todas las acciones de las mismas a C.C.I.P., entidad creada al efecto, que fue nombrada administradora de todas las empresas y que era la entidad a la que Coca-Cola había otorgado la concesión o licencia para la elaboración y distribución de sus productos en España. No constan las causas por las que se optó por un proceso de concentración de sociedades y creación de un grupo dirigido por una nueva sociedad creada al efecto en lugar de proceder a una fusión que llevaba al mismo resultado la existencia de una sociedad de la que dependían toda la actividad y empleados de la otra. Seguramente no se hizo así porque el proceso de fusión era más complicado, largo y costoso por requerir más formalidades, pero la realidad es que el resultado fue, prácticamente, el mismo: creación de una empresa que organizaba y dirigía toda la actividad de las empresas integradas. Es evidente que esa empresa era la auténtica empleadora y que respondía con todo su patrimonio de todas las obligaciones que asumía directamente y como administradora de las demás, situación que hacía innecesario decir que todas las empresas del grupo respondían solidariamente de las deudas de las demás, ya que era la empresa principal, la empleadora real, quien respondía con su patrimonio del que formaban parte todos los bienes de las demás. Con base en ello, tras la integración comenzó la reorganización de la actividad del grupo para hacerla más racional y productiva, para conseguir las sinergias que de esa unión podían derivar, al actuar en el mercado como una sola empresa y con una dirección única tener un funcionamiento coordinado (...). Especialmente debe destacarse que las relaciones comerciales las llevaba la empresa matriz quien se encargaba de las compras, ventas (distribuyendo los pedidos entre las diferentes empresas del grupo), facturación y cobros habiéndose establecido gestión centralizada de la tesorería de las diversas empresas por el sistema "cash pooling". Las tarjetas de visita y papel corporativo eran comunes y en ellos, al igual que en las etiquetas de todos los productos embotellados figuraba CCIP como embotellador. En definitiva, el personal de producción siguió prestando sus servicios en la empresa que lo empleaba antes, pero la centralización de los servicios comunes hizo que los empleados en ellos prestaran servicios a todas las empresas".

³⁴⁷ "; LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 60-61, advierte que "hay que rechazar las acepciones de "fusión" en sentido económico que la equiparan a la noción genérica de concentración de empresas", y que tampoco puede ser admitida "la concepción de la fusión formulada desde la perspectiva de la defensa de la competencia".

³⁴⁸ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, publicada DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008, apartado I, 9, y que sustituye a la Comunicación sobre el concepto de Concentración, a la Comunicación sobre el concepto de empresa en participación con plenas funciones, a la Comunicación sobre el concepto de empresas afectadas, y a la Comunicación relativa al cálculo del volumen de negocios, todas ellas publicada en el DOUE C 66 de 2.3.1998.

³⁴⁹ En Nota 9.

³⁵⁰ Señalando, en Nota 10, que "Esto podría aplicarse, por ejemplo, en el caso de un "Gleichordnungskonzern" en la legislación alemana, algunos "Groupements d'intérêt économique" en la legislación francesa".

³⁵¹ Con cita de asunto IV/M.660 - RTZ/CRA, de 7 de diciembre de 1995 y del asunto COMP/M.3071 - Carnival Corporation/P&O Princess II de 24 de julio de 2002.

³⁵² “En cuanto al concepto de concentración, la Ley centra su definición en la existencia de un cambio estable en la estructura de control, “de iure” o “de facto”, de una empresa, e incluye todas las empresas en participación con “plenas funciones”, unificando así el tratamiento de aquéllas con carácter concentrativo y cooperativo”, precisa la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en su Exposición de Motivos, II, apartado 10; Según su artículo 7, “definición de concentración económica”, “1. A los efectos previstos en esta Ley se entenderá que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de: a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o, b) La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas. c) La creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma”; a una fusión de facto se refiere el INFORME Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN EXPEDIENTE C-0641/15 COBEGA/CCIP, en cuyos Antecedentes se indica que: “Con fecha 10 de marzo de 2015 ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) notificación de la operación de concentración consistente en adquisición por parte de COBEGA, S.A. (COBEGA) del control exclusivo de COCA-COLA IBERIAN PARTNERS, S.A. (CCIP) (...). La operación notificada es una concentración económica en el sentido del artículo 7.1 b) de la LDC”.

³⁵³ TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*), pp. 809-810.

³⁵⁴ Sobre el tema TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*), pp. 811-817, que trata entre los métodos alternativos los intercambios forzados de acciones, estableciendo, en pp. 316-317, las diferencias entre estos últimos y la fusión por absorción, e indicando que: “a) En cuanto a la personalidad jurídica de las sociedades implicadas en las operaciones de concentración, éstos métodos de canje forzoso de acciones mantienen la existencia separada de dos personas jurídicas, de forma similar a lo que resultaría de una OPA y de forma diversa a la unificación propia de una fusión por absorción que daría como resultado una sola persona jurídica (...); b) En cuanto al procedimiento seguido, estos métodos de canje forzoso de acciones siguen la vía orgánica y aristocrática semejante a las fusiones que se inicia con el acuerdo de los administradores de las sociedades implicadas y culmina con los acuerdos de las juntas generales de accionistas; a diferencia del método directamente plebiscitario de las OPAs (...); c) En cuanto se refiere al patrimonio de las sociedades implicadas, estos métodos de canje forzoso de acciones mantiene la existencia separada de los patrimonios de las sociedades implicadas, sin sucesión universal de relaciones jurídicas, de forma semejante al resultado de una OPA y de forma diversa a la unificación patrimonial que resultaría de una fusión por absorción en la que las compañías extranjeras, como sociedades absorbidas, sufrirían un proceso de disolución sin liquidación y una sucesión a título universal por parte de las sociedades españolas en los derechos y obligaciones de aquellas compañías foráneas; d) En cuanto a la posición de los accionistas de las compañías británicas o estadounidenses, éstos se han convertido en accionistas de las sociedades españolas conforme a la relación de canje prevista y previa amortización de sus acciones (...); e) Por último si nos fijamos en la posición de las sociedades españolas absorbentes (en sentido impropio), estos métodos de canje forzoso de acciones les han atribuido la condición de socio único de las compañías británicas o estadounidenses, a diferencia de lo que resultaría de una fusión por absorción en la que ocuparía la situación de sociedad absorbente, única superviviente de la concentración y a diferencia también del resultado previsible de una OPA”; Asimismo es de citarse la institución “scheme of arrangement” previsto en la sección 425 de la Companies Act, a la que se refiere TAPIA HERMIDA, A. J., “Fusiones y OPAs Transfronterizas”, Thomson/Aranzadi, Editorial Aranzadi, S.A. Cizur Menos (Navarra), 2007, pp. 69-74.

³⁵⁵ Haciendo referencia al asunto IV/M.1016 - Price Waterhouse/Coopers&Lybrand de 20 de mayo de 1998, y al asunto COMP/M.2824 - Ernst & Young/Andersen Germany de 27 de agosto de 2002.

³⁵⁶ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008) Introducción, apartado B.I.10

³⁵⁷; PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 140-142.

³⁵⁸ Probablemente el caso más emblemático haya sido la sentencia de la Corte Suprema del Estado de Delaware recaía en el caso Hariton v. Arco Electronics, Inc. (188 A.2d 123 (Del 1963)), en el cual una sociedad, Arco Electronics, Inc. había venido todos sus activos a otra sociedad, Loral Electronics, Inc,

habiendo recibido a cambio una determinada cantidad de acciones de ésta última sociedad. Conforme con la sección 271 de la Delaware General Corporation Law, según la cual cualquier corporación puede en cualquier reunión de su Consejo de administración o comisión respectiva, arrendar, permutar, y enajenar una parte “sustancial” sus derechos de propiedad o de cualesquiera otros activos, concibiéndola la com una operación de venta arrendamiento o permuta de activo, esto es, según aquella Sección 271, “Sale, Lease or Exchange of Assets” “(a) Every corporation may at any meeting of its board of directors or governing body sell, lease or exchange all or substantially all of its property and assets, including its goodwill and its corporate franchises, upon such terms and conditions and for such consideration, which may consist in whole or in part of money or other property, including shares of stock in, and/or other securities of, any other corporation or corporations, as its board of directors or governing body deems expedient and for the best interests of the corporation, when and as authorized by a resolution adopted by the holders of a majority of the outstanding stock of the corporation entitled to vote thereon” (...). b) Notwithstanding authorization or consent to a proposed sale, lease or exchange of a corporation’s property and assets by the stockholders or members, the board of directors or governing body may abandon such proposed sale, lease or exchange without further action by the stockholders or members, subject to the rights, if any, of third parties under any contract relating thereto. (c) For purposes of this section only, the property and assets of the corporation include the property and assets of any subsidiary of the corporation. As used in this subsection, “subsidiary” means any entity wholly-owned and controlled, directly or indirectly, by the corporation and includes, without limitation, corporations, partnerships, limited partnerships, limited liability partnerships, limited liability companies, and/or statutory trusts. Notwithstanding subsection (a) of this section, except to the extent the certificate of incorporation otherwise provides, no resolution by stockholders or members shall be required for a sale, lease or exchange of property and assets of the corporation to a subsidiary”. A resultas de esa operación Arco Electronics, Inc., podía distribuir el importe de lo recibido entre sus accionistas como liquidación de sus participaciones societarias. Esa operación fue impugnada por entender que de hecho era una fusión, por lo que debería haber sido notificada a los accionistas a efectos de que éstos pudieran haber ejercitado sus “appraisal rights” y obtener el “fair value” correspondiente. La Corte Suprema del Estado de Delaware consideró que mediante aquella operación se habían producido los mismos efectos, sustancialmente, que si se hubiera producido una verdadera operación de fusión, pero que se había concebido como una compraventa de activos.

³⁵⁹ Supuestos relevantes fueron las sentencias recaídas en los casos *Farris v. Glen Alen Corp.*, 143 A2d 25 (Pa. 12958), *Good v. Lackawana Leather Co.*, 233 A.2d 201 (N.J. Ch. 1967); *Pratt v. Ballman-Cummings Furniture Co.*, 495 S.W.2d 509 (Ak. 1973), *Terry v. Penn Central Corp.* 668 F.2d 188 (3 Cir. 1981)

³⁶⁰ La regulación de la contenida en los párrafos 12.01 y, especialmente, 12.02, de la Model Business Corporation Act, supone una referencia amplia a las “de facto mergers”. Un amplio comentario a las mismas puede verse en el Comentario Oficial a la Sección 12.02.

³⁶¹ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008) Introducción, apartado B.I.10

³⁶² Libro Blanco. Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE. Bruselas, 9.7.2014, COM(2014) 449 final, punto 2. Revisión en profundidad de las concentraciones tras la reforma de 2004 del Reglamento de Concentraciones, apartado 14, efecto que ejemplifica con la siguiente referencia: “En *Intel/McAfee*¹⁵, por ejemplo, las soluciones ayudaron a mantener la innovación en los programas informáticos de seguridad y a garantizar que los competidores no quedaban excluidos”.

³⁶³ WHINSTON, M. D., “*Lectures on Antitrust Economics*”, First MIT Press paperback edition, 2008 (2006 Massachusetts Institute of Technology), pp. 57-131.

³⁶⁴ Para las fusiones horizontales, son de especial relevancia las Horizontal Merger Guidelines del Departamento de Justicia norteamericano y la Federal Trade Commission siendo la última emitida en 2010, que sustituyó a emitida en 1992, revisada en 1997. Según la Horizontal Merger Guidelines de 2010, apartado 1, Overview : “These Guidelines outline the principal analytical techniques, practices, and the enforcement policy of the Department of Justice and the Federal Trade Commission (the “Agencies”) with respect to mergers and acquisitions involving actual or potential competitors (“horizontal mergers”) under the federal antitrust laws.¹ The relevant statutory provisions include Section 7 of the Clayton Act, 15 U.S.C. § 18, Sections 1 and 2 of the Sherman Act, 15 U.S.C. §§ 1, 2, and Section 5 of the Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. § 45. Most particularly, Section 7 of the Clayton Act prohibits mergers if “in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.”; Sobre las fusiones horizontales ABA Section of Antitrust Law, “Mergers and acquisitions,” 3d Ed. (2008), American Bar Association, United States of America 2008, especialmente pp. 135-186.

³⁶⁵ Acerca de las fusiones verticales, ABA Section of Antitrust Law, “Mergers and acquisitions”, 3d Ed. (2008), American Bar Association, United States of America 2008, con singular relevancia pp. 439-474.

³⁶⁶ Que se denominan “conglomerate mergers” y se describe como “one in which there are no economic relationships between the acquiring and the acquired firm”, ABA Section of Antitrust Law, “Mergers and acquisitions”, 3d Ed. (2008), American Bar Association, United States of America 2008, p. 475, y se desarrollan en pp. 475-492.

³⁶⁷ Al haber sido modificada por la Foereing Trade Antitrust Improvements Act.

³⁶⁸ ABA Section of Antitrust Law, “Mergers and acquisitions”, 3d Ed. (2008), American Bar Association, United States of America 2008, especialmente pp. 499-502.

³⁶⁹ ABA Section of Antitrust Law, “Mergers and acquisitions”, 3d Ed. (2008), American Bar Association, United States of America 2008, pp. 321-408, singularmente pp. 323-324.

³⁷⁰ ABA Section of Antitrust Law, “Mergers and acquisitions”, 3d Ed. (2008), American Bar Association, United States of America 2008, pp. 521-526.

³⁷¹ Las ofertas en efectivo y la adquisición de firmas declaradas en concurso tienen un plazo de espera antes de la consumación de 15 días, término que puede ampliarse por 10 días más en caso de solicitarse información adicional; y, para aquellas transacciones distintas de las ofertas en efectivo o adquisiciones de firmas en concurso, el plazo de espera antes de la consumación es de 30 días, término que también puede ampliarse en caso de solicitarse información adicional, en cuyo la fusión no podrá verificarse sino transcurridos 20 días desde el cumplimiento de la solicitud.

³⁷² La Horizontal Merger Guidelines del Departamento de Justicia norteamericano y la Federal Trade Commission emitida en 2010 sustituyó a emitida en 1992, revisada en 1997.

³⁷³ Así el Departamento de Transporte, el cual supervisa las fusiones de las compañías aéreas, o la Comisión Federal de Comunicaciones, para las compañías que actúan en el ámbito de las telecomunicaciones.

³⁷⁴ STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto T-162/10, Niki Luftfahrt GmbH, contra Comisión Europea, parte demandada, apoyada por República de Austria, Deutsche Lufthansa AG, y por Österreichische Industrieholding AG.

³⁷⁵ Libro Blanco. Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE. Bruselas, 9.7.2014, COM(2014) 449 final, punto 2. Revisión en profundidad de las concentraciones tras la reforma de 2004 del Reglamento de Concentraciones, apartado 5.

³⁷⁶ Fue el caso de pretendida absorción de la sociedad italiana Autostrade por la Española Abertis, habiendo emitido al respecto la Comisión Europea la siguiente nota “Brussels, 18th October 2006 Mergers: Commission sends preliminary assessment to Italy on measures to block AbertisAutostrade merger The European Commission has come to the preliminary conclusion that Italy has violated Article 21 of the EU Merger Regulation because of unjustified obstacles placed in the way of a merger between Abertis of Spain and Autostrade of Italy (both active in the management of toll motorways). This is a merger of a European dimension falling within the exclusive competence of the Commission under the EU Merger Regulation. In particular, the Commission has serious doubts about the compatibility with Article 21 of a binding opinion delivered by the Ministers of Infrastructures and of Economic Affairs on 4 August 2006 as well as of a decision adopted on 5 August 2006 by the public entity responsible for granting motorway concessions in Italy (ANAS), rejecting Autostrade’s application for authorisation to merge with Abertis. The Commission preliminary assessment is that it cannot consider at this stage that these measures aim at protecting legitimate interests compatible with the general principles and other provisions of Community law. The Commission approved the AbertisAutostrade merger on 22nd September 2006 (see IP/06/1244). The Ministers’ opinion and ANAS’ rejection decision both refer to a concern that the entity resulting from the planned merger might not be able to properly carry out the investment required to maintain and improve the motorway network, and to comply with the necessary qualitative and security standards. However, the Commission’s preliminary assessment is that: - the factual and legal basis for these generic concerns is not clearly defined - the public interest that would be harmed is not clearly specified; - any such public interest can be adequately protected under the terms of the existing motorway concession agreement and - neither the measures nor the reasons for taking them have been communicated to the Commission for assessment under Article 21 of the Merger Regulation. Therefore, the Commission cannot consider at this stage that these measures aim at protecting legitimate interests compatible with the general principles and other provisions of Community law. The Italian authorities have been invited to express their views on the Commission’s preliminary assessment within 10 working days. If the Commission’s preliminary assessment were confirmed, the Commission could

adopt a decision declaring that Italy has violated Article 21 of the Merger Regulation and requiring Italy to ensure that ANAS' decision and/or the Ministers' opinion were withdrawn or declared to be inapplicable"; La fusión había sido autorizada por la Comisión Europea, según indicaba diario "El Economista"/Argentina de 24 de septiembre de 2006: "autorizó ayer la fusión entre la española Abertis y la italiana Austrostrade, ya que no alterará de forma significativa la competencia en el mercado europeo.

³⁷⁷ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008), apartado C.I (124)

³⁷⁸ STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto T-162/10, Niki Luftfahrt GmbH, contra Comisión Europea, parte demandada, apoyada por República de Austria, Deutsche Lufthansa AG, y por Österreichische Industrieholding AG

³⁷⁹ El concepto de volumen de negocios comprende "los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios". Estos importes generalmente figuran en las cuentas de las empresas en el epígrafe "ventas". Cuando se trata de productos, la determinación del volumen de negocios no reviste dificultad, ya que basta con delimitar todo acto mercantil que implique transmisión de propiedad. En el caso de los servicios, el método de cálculo del volumen de negocios en general no difiere del utilizado cuando se trata de productos: en ambos casos, la Comisión toma en consideración el importe total de las ventas. No obstante, el cálculo de los importes resultantes de la prestación de servicios puede ser más complejo ya que depende del servicio exacto prestado y de los acuerdos jurídicos y económicos subyacentes en el sector en cuestión. Cuando una empresa presta todo el servicio directamente a su cliente, el volumen de negocios de la empresa está representado por el importe total de las ventas de prestaciones de servicios del último ejercicio. Los importes que han de tenerse en cuenta para calcular el volumen de negocios deberán corresponder a las "actividades ordinarias" de las empresas afectadas. Este volumen de negocios es el obtenido de la venta de productos o de la prestación de servicios en el normal desarrollo de la actividad. En general, excluye aquellas partidas que figuran en los epígrafes "ingresos financieros" o "ingresos extraordinarios" en las cuentas de la empresa. Tales ingresos extraordinarios pueden proceder de la venta de actividades o de activos fijos. Sin embargo, las cuentas de la empresa no delimitan necesariamente los ingresos resultantes de actividades ordinarias de la forma requerida a efectos de calcular el volumen de negocios con arreglo al Reglamento de concentraciones. En algunos casos, la denominación de las partidas en la contabilidad tal vez deba adaptarse a los requisitos del Reglamento de concentraciones. Tanto el concepto como el cálculo del volumen de los negocios en el ámbito crediticio, de los servicios financieros y de los seguros, así como en los grupos de sociedades reviste especial dificultad. Por su extensión y complejidad nos remitimos a lo indicado en el apartado C. IV de la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008)

³⁸⁰ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008), apartado C, I (125)

³⁸¹ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008), apartado C, I (127)

³⁸² Considerando 20 del Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.

³⁸³ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008), apartado C.2 (132).

³⁸⁴ Según el artículo 3.2 del Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas: "El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante: a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa".

³⁸⁵ Artículo 4.2 del Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.

³⁸⁶ Artículo 6.1 y 2, primer párrafo, del Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas

³⁸⁷ STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto T-162/10, Niki Luftfahrt GmbH, contra Comisión Europea, parte demandada, apoyada por República de Austria, Deutsche Lufthansa AG, y por Österreichische Industrieholding AG.

³⁸⁸ STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto T-162/10, Niki Luftfahrt GmbH, contra Comisión Europea, parte demandada, apoyada por República de Austria, Deutsche Lufthansa AG, y por Österreichische Industrieholding AG.

³⁸⁹ Artículo 6.2, segundo párrafo y 3, del Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.

³⁹⁰ Artículo 8.1, 2 y 3, del Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.

³⁹¹ Artículo 7.1 y 3, del Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.

³⁹² Artículo 8.4.b.

³⁹³ Artículo 8.5.

³⁹⁴ Libro Blanco. Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE. Bruselas, 9.7.2014, COM (2014) 449 final, apartado 3. Adquisición de participaciones minoritarias que no otorgan el control, puntos 24-25.

³⁹⁵ Libro Blanco. Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE. Bruselas, 9.7.2014, COM (2014) 449 final, apartado 3. Adquisición de participaciones minoritarias que no otorgan el control, punto 28.

³⁹⁶ Libro Blanco. Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE. Bruselas, 9.7.2014, COM(2014) 449 final, apartado 3. Adquisición de participaciones minoritarias que no otorgan el control, puntos 29-30.

³⁹⁷ Sección 11.08.(a) de la MBCA “Unless otherwise provided in a plan of merger (...) or in the laws under which a foreign business corporation or a domestic or foreign eligible entity (...) that is a party to a merger (...) is organized or by which it is governed, after the plan has been adopted and approved as required by this chapter, and at any time before the merger (...) has become effective, it may be abandoned by a domestic business corporation that is a party thereto without action by its shareholders, in accordance with any procedures set forth in the plan of merger (...) or, if no such procedures are set forth in the plan, in the manner determined by the board of directors, subject to any contractual rights of other parties to the merger or share exchange”.

³⁹⁸ Comentario Oficial a la sección 11.08. “Unless otherwise provided in the plan of merger, a domestic business corporation that is a party to a merger or share exchange may abandon the transaction without shareholder approval, even though the transaction has been previously approved by the shareholders. The power under section 11.08 to abandon a transaction without shareholder approval does not affect any contract rights that other parties may have. The power of a foreign business corporation to abandon a transaction will be determined by the organic law of the corporation.”

³⁹⁹ Sección 1.08.(b) de la MCBA “If a merger or share exchange is abandoned under subsection (a) after articles of merger or share exchange have been filed with the secretary of state but before the merger or share exchange has become effective, a statement that the merger or share exchange has been abandoned in accordance with this section, executed on behalf of a party to the merger or share exchange by an officer or other duly authorized representative, shall be delivered to the secretary of state for filing prior to the effective date of the merger or share exchange. Upon filing, the statement shall take effect and the merger or share exchange shall be deemed abandoned and shall not become effective”.

⁴⁰⁰ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008), apartado B, VI (117).

⁴⁰¹ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008), apartado B, VI (120).

⁴⁰² Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008), apartado B, VI (117).

⁴⁰³ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008), apartado B, VI (119).

5. CREACIÓN DE VALOR Y EFECTOS SINÉRGICOS DE LAS FUSIONES TRANSFRONTERIZAS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

La “preeminente vocación hacia la empresa”⁴⁰⁴ de la sociedad anónima, y su característica orientación a la consecución del interés social⁴⁰⁵, son una manifestación de la maximización de la creación de valor de la empresa de la que es titular la sociedad anónima y, consecuentemente, también de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, respondiendo a las exigencias del buen gobierno corporativo⁴⁰⁶.

A pesar de que diferentes enfoques cuantitativos sobre fusiones transfronterizas de sociedades anónimas han indicado que la mayoría de las veces, éstas habían destruido valor en un momento o estadio inicial, los análisis posteriores han determinado que, muy contrariamente, en realidad la fusiones transfronterizas de sociedades anónimas habían creado valor⁴⁰⁷. Su fundamento está en que la fusiones transfronteriza de sociedades anónimas constituye un “*procedimiento óptimo para la total racionalización de los procesos económicos*”⁴⁰⁸ (sinergia de la fusión), por ello hace la empresas más competitiva en la medida en que reduce costes de producción y fiscales.

5.1 Creación y “maximización” de valor.

La búsqueda de la eficacia no es un patrimonio único que corresponda a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, sino que ha venido siendo una característica común en los procesos de reestructuración de las sociedades anónimas, destacando entre ellos tanto las fusiones, en sentido amplio, como las adquisiciones transfronterizas. No obstante lo anterior, a la vista de los inconvenientes prácticos que presentaban, tanto en términos técnico-jurídicos como económicos fueron objeto de regulación una miscelánea de operaciones de reestructuración⁴⁰⁹.

En este sentido se manifiesta el análisis económico del Derecho que defiende las hipótesis de “maximización” y “eficiencia” como elementos básicos o esenciales, anteponiéndolas incluso a la equidad⁴¹⁰. En igual sentido, el aumento del valor de la empresa, concretado en el incremento del valor de la acción, es uno de los fines al que ha de orientarse la actividad del gobierno corporativo⁴¹¹.

Precisamente en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, en las que la participación de sociedades cotizadas es predominante, se manifiesta con especial intensidad la cuestión relativa a la “maximización” del valor de la empresa mediante el incremento del valor de las acciones. Quienes gestionan las sociedades-empresas, “*aplican principios de gestión cuyo único objetivo es maximizar los beneficios. Estos principios pueden aplicarse de manera intercambiable a todos los campos de actividad*”⁴¹². Ciertamente, se ha venido considerando que el objetivo primordial que ha de determinar la actuación de los administradores,

señaladamente de las sociedades cotizadas, es la consecución del mayor valor de la aportación realizada por el accionista. Porque estos asumen el riesgo de que la actividad de la empresa vaya mal y, en compensación, gran parte el beneficio debe resultar a su favor. En este sentido, desde el movimiento del Corporate Governance por influencia de los estudiosos de la economía de la empresa, se ha venido manteniendo que una clara definición de los fines que debe perseguir el buen gobierno de la sociedad es la maximización del valor de la empresa, es decir, la creación de valor para el accionista, que desde esta perspectiva debe considerarse como interés social⁴¹³.

No obstante, esa creación de valor para el accionista requiere que el rendimiento no sea sólo para el presente sino también para el futuro, lo cual genera tensiones en la medida que se puede contraponer la creación de valor presente y la creación de valor para el futuro. Ello presupone la combinación de la aplicación de todos los medios productivos disponibles para la creación de valor presente y la aplicación de medidas que permitan la supervivencia de la empresa en el futuro, invirtiendo en capacidades para el medio y largo plazo, protegiendo sus capacidades estratégicas, atendiendo a otros intereses, particulares y generales afectados por la actividad empresarial, imponiéndose a sus competidores y abriéndose al exterior. Esta creación de valor presente y futuro es lo que llevará a las sociedades anónimas a realizar fusiones transfronterizas. En definitiva “la creación de valor es multidimensional”⁴¹⁴. El incremento del valor de las acciones de la sociedad (empresa) que quiere ser adquirida mediante una fusión transfronteriza puede llegar a un promedio de entre el 7 y el 10% o incluso sobrepasarlo en línea de crear “gran valor”⁴¹⁵, sin hacerse cuestión de si la contrapartida para los accionistas se lleva cabo mediante el canje de acciones o dinero⁴¹⁶. Las tensiones hoy-mañana e interno-externo marcan las posiciones de las grandes corporaciones o sociedades anónimas en la economía global⁴¹⁷, para cuya resolución sirven la fusiones transfronterizas.

Las empresas que al fusionarse crean valor es porque han atendido a determinadas variables, que se consideran “variables clave”, consistentes en⁴¹⁸: (i) la valoración de la sinergia; (ii) la planificación del proyecto de integración; y (iii) la correcta ejecución de las diligencias debidas en el proceso de fusión. De esta forma, se puede afirmar que “*las empresas que enfocaban su atención exclusivamente en la financiación de la operación y en los aspectos legales tenían un 15% de probabilidad más de destruir valor que el resto*”. En la creación de valor a través de una fusión transfronteriza de sociedades anónimas, además de las variables que atienden a los aspectos financieros hay que considerar otras adicionales que atienden a otros aspectos incluyendo, muy especialmente, el relativo al personal que interviene o es afectado por la fusión y que también influye de forma determinante en la creación de valor⁴¹⁹.

Sin embargo, las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas no siempre ni necesariamente crean, sino que incluso pueden llegar a destruir valor⁴²⁰, en la medida en que mediante éstas se buscan en numerosas ocasiones objetivos no económicos, sino de otra naturaleza, como por ejemplo geopolíticos.

Se afirma que *“si los mercados tuviesen información sobre los efectos de la fusión, estos incrementos de valor se verían reflejados en rendimientos anticipados. Sin embargo, el alto grado de incertidumbre sobre las estimaciones de rentabilidad esperada, asociada a los precios de las acciones, debe traducirse en un alto grado de incertidumbre similar en la estimación de los rendimientos anormales o por encima de lo esperado (pues) aunque la fusión no sea provechosa, el valor puede aumentar, ya que el valor de las acciones antes de la fusión tiene en cuenta el riesgo de ser un outsider con unos beneficios resultantes aún peores”*⁴²¹. Otro elemento destacable de creación de valor mediante las fusiones transfronterizas es la generación de valor mediante la innovación ya que este es un elemento al que se viene prestando especial atención en estos procesos ya que este elemento es considerado *“como un medio fundamental para el logro de los objetivos estratégicos (...) si se entiende que uno de los objetivos de la estrategia es añadir valor tanto para los accionistas como para el resto de los grupos de interés de la compañía, a través de proporcionar y sostener en el tiempo un valor diferencial y superior a los clientes”*.⁴²²

Precisamente el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, elaborado con el apoyo y asesoramiento de la Comisión de Expertos⁴²³ y aprobado por Acuerdo del Consejo de la CNMV de 18 de febrero de 2015⁴²⁴, abunda en esa dirección estableciendo en su Recomendación 12, que la actuación del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas *“se guíe por el interés social, entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa”*⁴²⁵, bien que aquel órgano administrativo en la búsqueda del interés social o de esa *“maximización” del valor económico de la empresa “además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente”*⁴²⁶.

La indicada recomendación 12 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015, tiene un singular valor dado que el ámbito de las sociedades cotizadas⁴²⁷ es también donde se producen regularmente fusiones transfronterizas, pero que puede extrapolarse a las sociedades anónimas no cotizadas, por cuanto, como en el mismo indica la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo precitada, *“analizó y tomó en consideración el grado de seguimiento y la relevancia de las recomendaciones contenidas en el Código Unificado de 2006, los estándares internacionales de buen gobierno y, en particular, las recomendaciones en materia de gobierno corporativo de la Comisión Europea, así como diversos documentos y propuestas de organismos internacionales y asociaciones, aportaciones doctrinales y la legislación de los países comparables”*.

5.2 Los “efectos sinérgicos”.

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas, en un sistema de economía de mercado globalizado, busca fundamentalmente conseguir que el valor de las empresas

fusionadas sea superior al valor de cada una de las empresas que se fusionan consideradas separadamente. Esto es, un efecto sinérgico, ya sea mediante la generación o creación de “sinergias industriales o comerciales”⁴²⁸. En este sentido, puede afirmarse que las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se sustentan “en un modelo económico que es un cuadro aritmético en el que el adquirente proyecta sus expectativas sobre los resultados de la empresa cuya adquisición pretende”⁴²⁹.

El “efecto sinérgico”⁴³⁰ se vincula a la idea de máxima creación de valor posible, que se va a procurar de y exigir a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, porque es el objetivo primigenio y común, en términos económicos⁴³¹ a cualesquiera operación de reestructuración empresarial, entendiéndose por tal aquella “*tendente a alterar la estructura del capital de la empresa, su capacidad productiva o estructura de la propiedad, siempre que no esté inmersa en el curso normal de los negocios de la misma*”⁴³². No obstante, además de la obtención de sinergias, mediante las fusiones se pueden obtener mejoras en la explotación de economías de escala y racionalizar el proceso de producción o incluso para reducir la ineficiencia en la gestión de una empresa mal dirigida⁴³³. En igual sentido, cobra especial trascendencia en los procesos de fusión transfronteriza los impactos positivos que se puedan generar en el proceso de innovación ya que se considera a ésta como el motor del crecimiento y las “fusiones pueden tener efectos de escala y de alcance en I+D, generando mayores incentivos a desarrollar actividades de innovación”⁴³⁴.

El efecto sinérgico⁴³⁵ de una fusión internacional de sociedades anónimas, puede describirse como el mayor valor de mercado que se consigue mediante esa fusión, y cuando aquel efecto se produce esa fusión ha sido “una buena idea”⁴³⁶. La “maximización del valor de la empresa” o del “valor de la acción”, expresión analítica y moderna de la “obtención de ganancias”, habrá de procurarse “respetando las exigencias impuestas por el Derecho”⁴³⁷, y no como exigencia moral o ética sino de estricta legalidad, pues la “creación de valor” es tal si se lleva a efecto dentro de los parámetros establecidos por el Derecho. A lo que se pueden añadir exigencias de ética empresarial⁴³⁸. Cualquier fusión transfronteriza de sociedades anónimas implica una decisión corporativa y empresarial y está sometida a un estricto procedimiento y a los pertinentes controles de legalidad, por lo que solo puede realizarse respetando el ordenamiento jurídico societario y general, dados sus polivalentes efectos y proyecciones. En otro caso las expectativas de aumentar el valor global de las empresas implicadas es falaz, pudiendo incluso conllevar la responsabilidades societarias y de los administradores sociales⁴³⁹.

Cuestión diferente es que mediante una determinada fusión transfronteriza de sociedades anónimas se pretendan alcanzar objetivos no económicos o empresariales, ni de política o estrategia empresarial, sino de políticas públicas, derivadas de razones o motivaciones proteccionistas “que ven con recelo la absorción de sus campeones nacionales”, o cuando se trata de evitar la quiebra de empresas “demasiado grandes” especialmente cuando son estratégicas como los bancos (“*cuando hay dificultades ningún país puede permitir que el sistema financiero*⁴⁴⁰ *se colapse*”⁴⁴¹). Estas actuaciones intervencionistas de los estados nos llevan cuestiones relativas a la entrada en la “era de las finanzas”⁴⁴², y a la

“financiarización de la economía”⁴⁴³, que se vinculan a la crisis financiera iniciada en 2008⁴⁴⁴, y que han desembocado, en relación con los bancos, en la aprobación de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) no 1093/2010 y (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, cuyo título IV, especialmente artículo 38, se prevén medidas que, al menos, se podrían calificar como fusiones de atípicas o de facto, por cuanto pueden conllevar la transmisión de las acciones emitidas y de todos los activos, derechos o pasivos de una entidad objeto de resolución, bien que sin necesidad de obtener el consentimiento de los accionistas de la entidad objeto de resolución o de terceros diferentes del comprador y sin tener que cumplir más requisitos de procedimiento que los exigidos por el Derecho de sociedades.⁴⁴⁵

La actuación inicial de los administradores sociales de cualquier sociedad que busque la oportunidad de una fusión ha de ser rigurosa, desde la perspectiva de la búsqueda y defensa del interés social. En este sentido, los administradores sociales solo cumplirán “con exquisitez” esa pauta de comportamiento exigible, en la medida en que la fusión transfronteriza pretendida, razonablemente conlleve o, al menos, persiga efectos sinérgicos favorable al interés social.⁴⁴⁶

Es cierto, no obstante lo anterior, que también pueden haber motivaciones ajenas a la procura de un aumento de los benéficos de las empresas y al incremento del valor para los accionistas, que determinen la realización de una fusión, a lo que son especialmente proclives las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Motivaciones “*que son el resultado de la ambición de los gestores y de una relación ineficiente de éstos y los propietarios de las empresas. Los gestores pueden tener incentivos para incrementar el tamaño de la empresa por encima de los beneficios a fin de aumentar su rango, y proteger los beneficios privados que el control de la empresa les proporciona para reforzar estrategias que lleven a la construcción de un imperio. Como consecuencia, un mayor tamaño puede conllevar ineficiencias, ya que la gestión de la empresa se vuelve burocrática y la pérdida de control por parte de los propietarios lleva aparejada problemas de agencia. También, para mantener la independencia de una empresa, una de las estrategias defensivas consiste en realizar fusiones que aunque no sean rentables aumenten el tamaño de la empresa y así sea menos posible que otra empresa intente absorberla*”⁴⁴⁷. Las fusiones pueden ser el resultado de exceso de confianza: los gestores demasiado confiados valoran el potencial de una fusión de manera incorrecta y acaban embarcándose en fusiones no rentables”⁴⁴⁸.

Las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas pueden repercutir en los beneficios tanto de las sociedades que se fusionan como de sus competidores, incidiendo, en todo caso, en el mercado (en precios y productos, en calidad y cantidad, de los bienes o servicios) y, consecuentemente en los consumidores. Pero pueden también tener dobles efectos, positivos para las sociedades anónimas que se fusionan y negativos para el mercado. De tal forma que “*un aumento de la concentración del mercado mejorará globalmente el*

bienestar sólo si la empresa fusionada gana cuota de mercado mediante la imposición de un precio más bajo. Sin efectos de reducción de costes, una fusión que sea provechosa para los insiders lo será también para los outsiders. Por tanto, los consumidores saldrán perjudicados por la fusión. Si las empresas son simétricas -es decir, del mismo tamaño-, se genera un efecto de reducción del bienestar total (definido como una suma del excedente del consumidor y del productor) sin embargo, si las empresas son asimétricas, una fusión de empresas pequeñas puede mejorar la eficiencia productiva (igualando la capacidad de producción de las diferentes empresas del mercado y transfiriendo la producción de empresas de alto coste a empresas de bajo coste) y aumentar hasta tal punto los beneficios que el bienestar total sea mayor a pesar de que los precios y la concentración del mercado haya aumentado”⁴⁴⁹.

La fusión internacional de sociedades anónimas no es ajena a la posibilidad de ser clasificada como horizontal o como vertical, con los diferentes efectos y consecuencias asociadas a cada uno de esos tipos de fusiones. Por ello, cuando la fusión es de tipo horizontal (afecta a empresas del mismo sector industrial o de negocios) “*la sinergia operativa se puede conseguir de dos formas: aumentando los ingresos o reduciendo los costes*”⁴⁵⁰, debiendo diferenciarse además entre economías estáticas y dinámicas. Uno de los efectos característicos de las fusiones de tipo horizontal es que “*llevan aparejadas una mayor concentración del sector*”⁴⁵¹, un mayor poder en el mercado que ha generado una abundante legislación en materia de defensa de la competencia, para que ésta sea real y efectiva, y antimonopolio, especialmente relevantes en determinados mercados regionales, como la Unión Europea. Cuando la fusión es vertical (hacia delante o hacia atrás) si bien se modera aquella problemática, emerge otra referente a los precios de transferencia internos y a los costes, que tiene consecuencias no sólo para las sociedades anónimas intervinientes en la fusión transfronteriza, sino también para el funcionamiento regular del mercado.

⁴⁰⁴HERNANDO CEBRIÁ, L., op. cit. (*El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: Interés de la sociedad e interés en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la “tercera vía” societaria*), p. 125.

⁴⁰⁵HERNANDO CEBRIÁ, L., op. cit. (*El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: Interés de la sociedad e interés en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la “tercera vía” societaria*), p. 95, en donde señala que “el legislador, con la fórmula retórica de identificar el interés social con el interés de la sociedad, realiza un esfuerzo sincrético d ambas formulaciones. En primer lugar, supera la posición que privilegia el interés de los socios, por cuanto exige de cada uno de ellos que actúe en la organización social como tal y no persiguiendo eventuales intereses particulares contrarios a los de la sociedad. Evidentemente con ello procura, mediante la “creación de valor”, la maximización del de la empresa societaria que, en última instancia se traslada a la participación de los socios y que en las sociedades de capital, compensa el riesgo residual de pérdida del capital aportado. Al mismo tiempo, les otorga el derecho a una renta generada con las ganancias obtenidas sea vía dividendos, sea vía incremento del valor de su participación social. A su vez tal maximización redundará ad extra en las demás personas que resultan afectadas por la actividad y por las relaciones de la sociedad- Así a maximización del valor de la empresa de la que es titular la sociedad se manifiesta, desde la perspectiva institucional, en una mayor estabilidad d la organización societaria y en la continuidad de la actividad empresarial en beneficio de los trabajadores, en mejores índices de solvencias en garantía de los acreedores y proveedores, en mayores cargas impositivas a favor de los organismos públicos recaudadores, en mayores cuotas desarrollo económico y estabilidad para el mercado y la comunidad en general, etc.”.

⁴⁰⁶En ese sentido se alude en el “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas”, de fecha 14 de octubre de 2013, elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, a “las medidas que se deben adoptar para que la función de los administradores tenga por finalidad el incremento del valor de la compañía y la adecuada retribución del accionista” (1.Introducción, apartado 1.1).

⁴⁰⁷ HERD, T. J., y McMANUS, R., op. cit. (*¿Quién dice que las fusiones y adquisiciones no crean valor?*), pp. 50 ss.

⁴⁰⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., op. cit. (*Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades*), p. 246.

⁴⁰⁹ Que acabaron conformando, junto con las fusiones, la categoría de las modificaciones estructurales, como indica CONDE TEJÓN, A., op. cit. (*Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión global de activo y pasivo)*, p. 67

⁴¹⁰ QUEROL ARAGÓN, N. op. cit. (*Análisis económico del Derecho*), pp.17-18.

⁴¹¹ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad Cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), pp. 83-84.

⁴¹² SOROS, G. op. cit. (*La crisis del capitalismo global*) pp. 145-146.

⁴¹³ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad Cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 125, que añade lo siguiente, pp. 125-127: “En todo caso pareced conveniente, desde una perspectiva jurídica y con cierta asepsia metodológica dentro de las ciencias sociales que procure evitar su confusión, esa identificación del interés social que domina el régimen de la sociedad, que debe separarse del conjunto de intereses diversos y contrapuestos cuya composición, normalmente pro medio de contratos o del cumplimiento de normas impuestas por el ordenamiento jurídico, requiere el ejercicio por la sociedad de su objeto. Porque la existencia de una pluralidad de relaciones jurídicas que da lugar a lo que buena parte de los economistas de empresa –basados en la llamada teoría de agencia, que tiene a su vez diversas formulaciones–, han centrado la concepción de la empresa en un “nexo de contratos” que, dominante en la doctrina económica norteamericana, se ha acogido, sin más por parte de nuestra doctrina. Surge, (...), un grave dilema sobre la manera de tutelar los diversos intereses en conflicto, bien buscando una solución integradora en la estructura organizativa de un nuevo derecho societario, o bien reservando la articulación de la sociedad fundamentalmente para resolver el conflicto tradicional entre sus socios y los gestores de la sociedad, confiando la solución de los distintos conflictos de intereses (con los trabajadores, los acreedores profesionales, los suministradores, con la defensa el medio ambiente, etc.) a su normativa específica, que con frecuencia recaerá en el campo contractual, pero no necesariamente. esta última opción, que en definitiva se mueve en gran medida en la orientación tradicional, parece dominar en el pensamiento jurídico y tiene su reflejo incluso en sectores del movimiento Corporate Governance que considera que los administradores han de tener presente no simplemente los intereses de los socios, sino los de los titulares de otros intereses que se vinculan con la sociedad (los llamados stakeholders)”, conforme a su régimen respectivo”

⁴¹⁴ OLCENSE, A., RODRÍGUEZ, M. A. y ALFARO, J., op. cit. (*Manual de la empresa responsable y sostenible*), p. 27, que añaden, “como los conceptos de responsabilidad y sostenibilidad y creación de valor están íntimamente relacionados (...) pueden considerarse en último término, como sinónimos”.

⁴¹⁵ HERD, T. J., y McMANUS, R., op. cit. (*¿Quién dice que las fusiones y adquisiciones no crean valor?*), p. 53, indícalo siguiente: “De hecho nuestra investigación indica que las empresas pueden crear un gran valor para el accionista en cualquier sector o región, en cualquier momento del ciclo económico y utilizando diversas opciones de financiación”.

⁴¹⁶ HERD, T. J., y McMANUS, R., op. cit. (*¿Quién dice que las fusiones y adquisiciones no crean valor?*), p. 62.

⁴¹⁷ OLCENSE, A., RODRÍGUEZ, M. A. y ALFARO, J., op. cit. (*Manual de la empresa responsable y sostenible*), p. 25.

⁴¹⁸ Según precisa MASCAREÑAS, J. op. cit. (*Fusiones, Adquisiciones y Valoración de Empresas*), p. 193.

⁴¹⁹ MASCAREÑAS, J. op. cit. (*Fusiones, Adquisiciones y Valoración de Empresas*), p. 193, que añade en p. 193-194 lo siguiente: “La selección del equipo directivo: Un equipo directivo experimentado en fusiones (...) aumenta la posibilidad de éxito de la operación. Las empresas que se centran en esta variable tienen un 26% más de crear valor: La integración de culturas. Las empresas que se centran en esta variable tienen un 26% más de probabilidad de crear valor que las que no lo hacen; Las comunicaciones. Una mala comunicación con sus propios empleados incrementa el riesgo de fracaso en las fusiones, más incluso que las malas comunicaciones con los accionistas, clientes o proveedores. Las empresas que se centran en esta variable tienen un 13% más de probabilidad de crear valor”.

⁴²⁰ MASCAREÑAS, J. op. cit. (*Fusiones, Adquisiciones y Valoración de Empresas*), p. 192.

⁴²¹ Afirman LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPO HONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), pp. 14-15.

⁴²² OLCENSE, A., RODRÍGUEZ, M. A. y ALFARO, J., op. cit. (*Manual de la empresa responsable y sostenible*), p. 151.

⁴²³ Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo para proponer las iniciativas y las reformas normativas que se considerasen adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas y para prestar apoyo y asesoramiento a la CNMV en la modificación del mencionado Código unificado de 2006”, creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013.

⁴²⁴ www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf,

⁴²⁵ El conjunto de esas circunstancias se trasladó al Código Unificado de Buen Gobierno, que figuraba como Anexo I al Informe de 19 de mayo de 2006 del Grupo de trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, aprobado por la CNMV, el 22 de mayo de 2006, Código Conthe, que establecía como recomendación séptima al Consejo de administración, que se guíe en su actuación por “el interés de la compañía, entendido como hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa”. Justificándolo de la manera siguiente: “Todos los consejeros, con independencia de cuál sea el origen o la causa de su nombramiento, deben tener como propósito común la defensa del “interés social”. A la hora de interpretar este concepto, el Código opta por una interpretación contractualista, que pone énfasis en el interés común de los accionistas, o si se prefieren el interés del accionista común. (...). Por ello aconseja que el objetivo último de la compañía, y por tanto, el criterio que presida la actuación del Consejo sea la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa”, que reproducía parte del contenido del pun1.3 de la parte II, del Informe Olivencia. Semejante recomendación, ubicada problemáticamente en una visión radical de la teoría contractual del interés social, se completaba con la previsión de que los administradores han de velar “asimismo para que sus relaciones con los grupos de interés (stakeholders) respete las leyes y reglamentos, cumpla de buena fe sus obligaciones y contratos, respete los usos y buenas prácticas de los sectores y territorios donde ejerza su actividad y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiere aceptado voluntariamente”. El Informe de la Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, de 26 de febrero de 1998, Código Olivencia, establecía en su puto 1.3, la equivalencia entre “maximización del valor de la empresa” y “creación de valor para el accionista”, como definición del “interés social”, que traslada, como consideración general 4, al Código de Buen Gobierno; Establecía como deber fiduciario de los Administradores “maximizar la creación de valor”, y distribuirlo correctamente, el Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas, de 8 de enero de 2003, Código Aldama, en el punto 2.1, parte II.

⁴²⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), pp. 126-127, alude al grave dilema que surge “sobre la manera de tutelar los diversos intereses en conflicto, bien buscando una solución integradora en la estructura organizativa dde un nuevo derecho societario o bien reservando la articulación de la sociedad fundamentalmente para resolver el conflicto tradicional entre sus socios y los gestores de la sociedad confiando la solución de los distintos conflictos de intereses (con los trabajadores, los acreedores profesionales, los suministradores, con la defensa del medio ambiente, etc.) a su normativa específica, que con frecuencia recaerá en el campo contractual pero no necesariamente. Esta última opción, que en definitiva se mueve en gran medida en la orientación tradicional, parece dominar el pensamiento jurídico y tiene su reflejo incluso en sectores del movimiento Corporate Governance, que consideran que los administradores de la sociedad han de tener presente no simplemente el interés de los socios, sino los de los titulares de otros intereses que se vinculan con la actividad de la sociedad (los llamados stakeholders) conforme a su régimen respectivo”.

⁴²⁷ Ha de tomarse en consideración su aplicabilidad que se define en los siguientes términos: “I.3.3 Ámbito de aplicación. El Código de buen gobierno está dirigido a las sociedades cotizadas, entendiendo por tales aquellas cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores. Las recomendaciones del Código de buen gobierno están destinadas al conjunto de las sociedades cotizadas, con independencia de su tamaño y nivel de capitalización (salvo aquellas recomendaciones en las que expresamente se indica que son de aplicación sólo a las sociedades cotizadas de mayor capitalización). No cabe descartar por ello que algunas de sus recomendaciones puedan acaso resultar poco apropiadas o excesivamente onerosas para las empresas de menor tamaño. Si ello ocurriera, bastará con que las sociedades afectadas expliquen debidamente las razones y las opciones elegidas: su libertad y autonomía de organización quedan plenamente salvaguardadas”.

⁴²⁸ GÓMEZ SEGADÉ, J. A., op. cit. (*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*), p. 5027.

⁴²⁹ ÁLVAREZ ARJONA, J. M^a, op. cit. (*Adquisiciones de empresas*), p. 62.

⁴³⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 71, alude “al planteamiento estratégico clásico consistente en alcanzar la dimensión empresarial adecuada para que opera la llamada sinergia”.

⁴³¹ MASCAREÑAS, J. op. cit. (*Fusiones, Adquisiciones y Valoración de Empresas*), p. 20.

⁴³² MASCAREÑAS, J. op. cit. (*Fusiones, Adquisiciones y Valoración de Empresas*), p. 265.

⁴³³ Indican LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPO HONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 8.

⁴³⁴ LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPO HONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 15, que añaden: “También se pueden internalizar los efectos positivos de desbordamiento entre empresas relacionadas vis-avis, acercando un poco más los rendimientos privados y los sociales. Una fusión puede proveer a una empresa de más recursos financieros que le permitan emprender proyectos I+D más arriesgados y ambiciosos, aunque el mercado de capital sea imperfecto. Al mismo tiempo, las fusiones pueden evitar la duplicación de esfuerzos, y en este caso permitir la reducción de esfuerzo I+D manteniendo los mismos resultados en innovación” (...). La fuerza y el impacto neto de todos estos efectos es una cuestión empírica aún por resolver. La evidencia sobre la actividad innovadora de las fusiones es fragmentaria y variada (...) sin embargo (...) un resultado que indicara que las fusiones reducen los esfuerzos en innovación podría ser compatible con operaciones para aumentar el bienestar, ya que la eliminación de duplicaciones en los esfuerzos podría ser beneficiosa”.

⁴³⁵ Alude a los efectos sinérgicos de las fusiones GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 91.

⁴³⁶ MASCAREÑAS, J. op. cit. (*Fusiones, Adquisiciones y Valoración de Empresas*), p. 23; Del mismo autor op. cit. (*Fusiones y adquisiciones de empresas*), p. 4.

⁴³⁷ Indican FONT GALAN, J. I. y PINO ABAD, M., op. cit. (La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (solo) jurídica del concepto legal de sociedad), p. 605, que añaden “he aquí la importancia que cobra – en este contexto actual de propuestas de implantación de ordenamientos económicos o economicistas, esto es, parajurídicos (...) de las sociedades abiertas- la reformulación de la doctrina de la relevancia jurídica de la causa negocial de la sociedad, como referente normativo legal del control de legalidad y moralidad de la creación o constitución y explotación de la empresa societaria y, por tanto, como filtro o dique de contención de las nuevas concepciones economicistas del Derecho de sociedades que hacen bandera de la “maximización del valor de la empresa” o del “valor bursátil de la acción” como primordial y único objetivo de la empresa societaria y exclusivo referente de control de “eficiencia” del “buen gobierno” o “mal gobierno” de la sociedad, con riesgo de precluir o marginar así el control jurídico negocial de la licitud y moralidad del proyecto empresarial societario mismo causalizado en el contrato de sociedad que sirve de sustrato jurídico y económico a dicho proyecto, y a cuya realización económica están llamados y obligados los administradores”.

⁴³⁸ “Toda decisión empresarial debe tender a aumentar el valor económico de la empresa respetando, eso sí, la legislación vigente y las más elementales normas éticas”, afirma MASCAREÑAS, J. op. cit. (*Fusiones, Adquisiciones y Valoración de Empresas*), p. 20.

⁴³⁹ MASCAREÑAS, J. op. cit. (*Fusiones, Adquisiciones y Valoración de Empresas*), p. 20.

⁴⁴⁰ Lo define el Tribunal Constitucional en su sentencia 133/1997, de 16 de julio de 1997, en los siguientes términos: “Por sistema financiero se tiene al conjunto de instituciones, entidades y operaciones

a través de los cuales se canaliza el ahorro hacia la inversión, suministrando (oferta) dinero u otros medios de pago para financiar las actividades de los operadores económicos (demanda)”.

⁴⁴¹ Ya lo indicaba SOLBES, P. en una entrevista concedida al diario El Mundo, del día 5 de octubre de 2008, que aparece como portada y además se desarrolla en pp. 10-11; En el mismo diario p. 24, bajo el título siguiente del “terremoto financiero”, se afirmaba que “los cuatro grandes europeos dan la cara por los bancos”.

⁴⁴² En las últimas dos décadas del siglo XX se produjo el paso desde la era de la economía industrial a la “era de las finanzas”, que generó una inversión de la posición predominante del sistema productivo sobre el sistema financiero. En la “era de las finanzas” éstas “asumen el liderazgo e introducen un nuevo lenguaje, nuevos modelos operativos e imponen sus puntos de vista y valores. El beneficio ya no es necesariamente una consecuencia de una mejor y mayor producción de bienes y servicios, no requiriendo del espíritu de

empresa. En la concepción financiera del beneficio, éste aparece como resultado de decisiones financieras (de Inversiones y Financiación), operaciones financieras y especulativas. El dinero, es considerado como un activo financiero y, como tal, se aprecia por su rentabilidad y su liquidez”, afirma PRIETO PÉREZ, E., “*La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*”, Real Academia de Doctores, Madrid 2002, p. 13

⁴⁴³ KOCKA, J., op. cit. (*Historia del capitalismo*), pp. 133-140, y que precisa en pp. 139-140: “El sistema actual no es solo un capitalismo de mercados financieros o inversiones, aunque el auge de éstos elementos en los últimos decenios representa un cambio radical de todo el modelo, una renovada diferenciación interna de las distintas funciones capitalistas. Ha separado aún más la función de creación de capital e inversión, que se pone en manos de responsables especializados que actúan según la lógica del mercado, y ha aumentado considerablemente el peso de la función de los capitalistas. Las decisiones básicas en materia de inversión están hoy más alejadas que nunca del contexto en el que en el pasado se encontraban enraizadas. La lógica de los mercados se ha emancipado de la consideración de los intereses y orientaciones de carácter no económico. La estructura de la toma de decisiones no ha dudado en ir más allá de los espacios de la propia empresa, cuyas fronteras externas son ahora más difusas”.

⁴⁴⁴ Sobre la grave crisis económica que emergió a partir de 2008 se pueden hacer las siguientes consideraciones: a) “Se desató tras el estallido de la burbuja inmobiliaria y se fraguó al destaparse la concesión de hipotecas basura, la titularización de éstas y los 1.000 y un cambalaches que se realizaron con ellas (...) los primeros que detectaron la gravedad de la situación fueron los propios bancos, que se asustaron y dejaron de prestarse dinero entre ellos. Se ralentizó el mercado interbancario, de manera que comenzó a escasear el dinero y a subir su precio y, por supuesto, a afectar a todas las entidades del mundo (...). Un castillo de naipes que se vino abajo al paralizarse los préstamos de capitales entre las entidades (...) que ha desencadenado una crisis financiera mundial que sólo se compara al Crak de 1929 (...). La crisis del mercado financiero estaba a punto de desembocar en una crisis económica de consecuencias incalculables y las autoridades (...), han salido en su ayuda””, indicaba Ramos, C., “*El séptimo de caballería sale al rescate de los mercados*”, El Mundo del 21 de septiembre de 2008, Mercados, p. 23);

b) Es global y su esencial carácter crediticio y bancario, determinó la intervención de las autoridades políticas y monetarias de los Estados más desarrollados, tras el hundimiento de los mercados de valores, auténtico “terremoto financiero”, propiciando toda una serie de espectaculares éxitos iniciales (En la portada del diario cinco Días del día 1 de octubre de 2008 se indicaba que “El respaldo europeo a la banca inyecta calma en los mercados”; En la portada del El Mundo del 20 de septiembre, se destacaba que “el plan de Bush apoyado por Obama desata la euforia en las Bolsas”; La portada del ABC de la misma fecha, 20 de septiembre de 2008, indicaba lo siguiente: “Las Bolsas se disparan tras la inaudita intervención de Bush en los mercados”; En la portada del diario Público de aquella fecha (20 de septiembre de 2008), se precisaba: “Las bolsas se dan un festín con dinero público”; La portada del diario El País de igual fecha (20 de septiembre de 2008) anunciaba “Bush sale al rescate del Wall Street”)

c) Pero aquellas intervenciones no evitaron la crisis económica, ejemplarizada en la quiebra económica del banco Lehman Brothers (Indicaba De Quirós, L. B., “El colapso de Lehman y sus consecuencias”, en el diario El Economista, del 8 de septiembre de 2008, p. 4, “El colapso de Lehman Brothers es una dramática expresión de la incapacidad del Gobierno y banco central norteamericanos de restaurar la confianza en el sistema financiero. Ni el rescate subvencionado de Bear Stearns ni la nacionalización de las gemelas Freddie y Fanny han servido como cortafuegos del incendio (...). El desplome de Lehman tendrá un efecto sistémico muy superior al de Bear por tres razones básicas: primera, porque era mucho más grande; segunda, porque era un actor relevante en algunos mercados financieros claves; tercero, porque otras insignes casas de Wall Street están ligadas a él, a través de operaciones de diferentes modalidades”) y el “gigantesco fraude Madoff” (Fraude de 50 mil millones de dólares USA perpetrados por Bernard L. Madoff (“Madoff”) y la empresa de gestión de activos, Bernard L. Madoff Investment Securities LLC (“BMIS”). Broker-dealer autorizado, registrado y supervisado por la SEC, también autorizado como investment advisor por la Financial Industry Regulatory Authority (FINRA) de los Estados Unidos. Fraude perpetrado mediante el “esquema Ponzi” o estafa piramidal. L. Madoff fue detenido el 11 de diciembre de 2008. El fraude fue tan importante y devastador, que minó severamente la ya escasa confianza en el sistema financiero, obligando a intervenir al presidente norteamericano Barack Obama, que afirmó lo siguiente: “El pueblo estadounidense se siente frustrado en este momento. No ha habido una supervisión adulta”, según indicaba el diario El Mundo del 19 de diciembre de 2008, p. 34), y que la nueva presidenta de la SEC, Mary Schapiro, hubiera afirmado su propósito de “regular el sistema financiero de forma agresiva y sistemática”, según asimismo destacaba el diario El Mundo del 19 de diciembre de 2008, p. 37), ni su generalización mundial, lo que propició la adopción de toda una serie de medidas económicas y financieras a favor del sector bancario (en nuestro país esas medidas fueron articuladas inicial y fundamentalmente mediante Real Decreto-Ley 6/2008, de 10 de octubre, Real Decreto-Ley 7/2008, de 22 de octubre y Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, y que se anunciaban en la prensa diaria en términos tales como “El gobierno crea un “superfondo” de ayuda a los

bancos”, según indicaba la portada del diario Público del 8 de octubre de 2008), de una envergadura hasta entonces jamás vista, pareja a la dimensión de la crisis, de incierta solución, y a sus perversos y negativos efectos para las empresas y la generalidad de los ciudadanos (por más que hubiera precisado Paulson H. M., “Cómo combatir la crisis financiera”, El Mundo de 2 de noviembre de 2008, sección Mercados, p. 13, lo siguiente: “No existe ningún guión para responder a una vorágine con la que jamás nos habíamos enfrentado. Ajustamos nuestra estrategia para que reflejaran los nuevos datos de una severa crisis de los mercados, sin dejar nunca de perder de vista nuestro objetivo; estabilizar un sistema financiero que es esencial para la vida cotidiana de todos (...). Cuando el nuevo Gobierno se enfrente a los difíciles desafíos que tiene ante sí, dispondrá de dos ventajas importantes: un sistema bancario notablemente más estable, donde el hundimiento de un gran banco ya no supone una preocupación acuciante; y los recursos, la autoridad y los programas necesarios para tratar las futuras necesidades de capital y liquidez de las entidades de crédito”). La transcendencia de la crisis financiera con efectos devastadores sobre la economía productiva determinó que se celebrase el 15 de noviembre de 2008 la cumbre de Washington del G-20 ampliado, cuyos resultados han sido el replanteamiento del funcionamiento de las grandes instituciones bancarias internacionales (BM, FMI, comités, grupos y clubes asociados, y bancos multilaterales de desarrollo) y la potenciación del Foro de Estabilidad Financiera, pues “será en este foro donde se tomen de forma concreta los acuerdos de extender la regulación de todo tipo de instituciones y activos financieros (bancos de inversión, hedge funds, agencias de rating, fondos soberanos, etc.) y donde se trabaje en la armonización de las normas contables”.

⁴⁴⁵ Bien que esta última remisión sea de eficacia muy limitada en cuanto, según su artículo 120 (Modificación de la Directiva 2005/56/CE), al artículo 3 de la Directiva 2005/56/CE se añade el apartado siguiente: “4. Los Estados miembros velarán por que la presente Directiva no se aplique a la sociedad o sociedades que sean objeto de utilización de los instrumentos, competencias y mecanismos de resolución que establece el título IV de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo”, y según su artículo 122 (Modificación de la Directiva 2011/35/UE), al artículo 1 de la Directiva 2011/35/UE se añade el siguiente apartado: “4. Los Estados miembros velarán por que la presente Directiva no se aplique a la sociedad o sociedades que sean objeto de utilización de los instrumentos, competencias y mecanismos de resolución que establece el título IV de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo”. En todos estos supuestos cambian radicalmente las cuestiones a considerar, con modificaciones de procedimiento, lo ciertamente ocurre, en general, con aquellas otras entidades que son operadores del “sistema financiero”.

⁴⁴⁶ MASCAREÑAS, J. op. cit. (*Fusiones, Adquisiciones y Valoración de Empresas*), p. 41; Del mismo autor, op. cit. (*Fusiones y adquisiciones de empresas*), p. 7. Ya GARRIGUES, J., “*Tratado de Derecho Mercantil*”, t. I, v. 3^o, Revista de Derecho Mercantil, Madrid 1949, pp. 1269-1270, indicaba lo siguiente: “Son múltiples los motivos económicos que impulsan hacia la fusión como forma moderna de concentración industrial y mercantil. Entre ellos se encuentra el deseo de eliminar la competencia entre empresas similares que, al fundirse entre sí, ponen término a la batalla de los precios; el deseo de reducir o suprimir pérdidas de una empresa en desfavorable situación económica, que podrá resolverse mediante la fusión con otra; el deseo de movilizar la participación que una empresa tiene en otra cambiando las acciones que ésta posee por acciones propias; el deseo de terminar un pleito pendiente entre dos sociedades; En materia bancaria, donde las fusiones juegan un importante papel, sirve este procedimiento para crear filiales sin necesidad de la apertura de nuevos establecimientos, sin los inconvenientes de la competencia y con ventaja de conservar una clientela ya creada”; Precisa ESTEBAN RAMOS, L. M^a, op. cit. (*Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección*), pp. 42-45, que “son diversas las causas que dan lugar a una concentración: La extensión de los mercados que superan las fronteras nacionales. Esta realidad exige la adaptación de las unidades de producción requiriendo, en ocasiones, la concentración para que la empresa pueda sobrevivir. Manifestación de la tendencia expansiva en el ámbito europeo es la creación del Mercado Común, que exige a las empresas europeas adecuarse a la nueva realidad. La concentración es una de las vías utilizadas, incluso favorecida por la propia Comunidad para la adaptación ya que facilita la competitividad de las empresas europeas frente a las norteamericanas o japonesas. Si la concentración se realiza mediante fusión, se habla de fusión transfronteriza, que conlleva (...). Los avances tecnológicos. Su aplicación de los mismos a la industria exige importantes masas de capital, para cuya obtención se acudió a las formas societarias, que no siempre han resultado suficientes, siendo preciso, con frecuencia, acudir a la colaboración entre empresas: El origen de las concentraciones haya que buscarlo, además, en el fenómeno de la racionalización industrial (...). El sistema económico capitalista defiende el principio de la libre competencia que, a veces, origina desequilibrios. Una solución a este problema es la concentración de empresas. Con la que el empresario se asegura su presencia en el mercado reduciendo o, incluso, eliminando esa competencia. La actuación en éste ámbito no es totalmente libre, existiendo leyes dirigidas a proteger la competencia”.

⁴⁴⁷ INGHAM, G., op. cit. (*Capitalismo*), p. 191, que afirma, en p. 194, que “el poder en una empresa con la propiedad totalmente concentrada es menos difuso, lo que permite perseguir de forma implacable la prerrogativa de maximizar los rendimientos del capital.

⁴⁴⁸ LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPO HONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), p. 8.

⁴⁴⁹ Precisan LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPO HONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), pp. 10-11. Los mismos autores, recurriendo a otros autores como GUGIER, K., y SIEBERT, R., “Market Power versus Efficiency Effects of Mergers and Research joint Ventures: evidence from the Semiconductor Industry”, NEB, Working Paper n° 1023, 2003, POSENDORFER, M., “Horizontal Mergers in the Paper Industry”, RAD, Journal of Economics, 34, 3, 2003, pp. 495-515, MAKSIMOVIC, V. y PHILIPS, G., “The Market for Corporate assets: Who Engages in Mergers and Assets Sales and are There Efficiency Game?”, Journal of Finance, LVI, 6, 2003, pp. 2019-2065, EVENET, S. J., “The Cross-Border Mergers and Acquisitions Wave of late 1990”, NBER Workin Paper n° 9655, 2003, y CAPRON L., “The long-term performance of horizontal acquisitions”, Strategic Management Jornal, 20, 1999, pp. 987-1018, llevan a cabo un importante análisis sobre fusiones transfronterizas, que puede atribuirse naturalmente a sociedades por acciones o anónimas, indicando lo siguiente: “En un estudio sobre fusiones en todo el mundo en la base de datos global Thomson financial Securities durante el período 1981 a 1998 (que cubre todas las transacciones realizadas de al menos 1 millón de dólares) (...) encontraron que, en promedio, las fusiones incrementan los beneficios pero reducen las ventas de las empresas que se fusionan. Los autores no encontraron grandes diferencias comparando empresas de distintas zonas geográficas, manufactureras o de servicios, o comparando operaciones nacionales o transfronterizas. Las fusiones para la creación de un conglomerado hacen decrecer las ventas más que las fusione horizontales. (...) clasifican las fusiones en cuatro categorías: Efectos de poder de mercado (27,6%), cuando las ventas se reducen pero los beneficios aumentan. Mejoras en la eficiencia (29%), cuando tanto los beneficios como las ventas aumentan. Reducción de la eficiencia (28,2%), cuando tanto las ventas como los beneficios disminuyen; y una carta categoría, que incluye mayores ventas pero menos beneficios (15,1%), y que puede explicarse como la búsqueda de mayor tamaño a costa de los beneficios (...). Antes de concluir que la mayoría de las fusiones, que se produjeron en el período examinado de quince años redujeron el bienestar (...), debería hacerse un análisis completo del bienestar que considerara los efectos de una fusión en los rivales y en los consumidores (...), realizó este análisis para las fusiones horizontales que habían tenido lugar en la industria papelera de Estados Unidos a mediados de 1980 (...) encontró que tanto le eficiencia como el bienestar aumentaron después de la oleada de fusiones y adquisiciones que hubo específicamente en esa industria. Las empresas que se fusionaron redujeron su capacidad y, como resultado, en general perdieron cuota de mercado, creando un efecto positivo sobre el bienestar, ya que las fusiones incrementaron el excedente de los productos in modificar el excedente de los consumidores (...) usaron una muestra de alrededor de diez mil transacciones, aportaron evidencia empírica sobre el hecho de que la mayoría de las transacciones de activos de las empresas generan ganancias en la productividad y mejoras en la distribución de la eficiencia. Con datos de al Longitudinal research Database (LRD) de la Oficina del Censo de estados Unidos desde 1974 a 1992, (...) calculan la productividad total de los factores y comparan esta medida a nivel de empresa un año antes de realizarse la transacción con la de dos años después de la transacción. En cambio medio en la productividad ajustado por las diferentes industrias es significativo y positivo con un 2% de incremento. Durante los años noventa en el sector bancario se produjeron muchas fusiones nacionales y transfronterizas, complementadas por alianzas estratégicas y asociaciones de empresas (joint ventures) que llevaron a la consolidación del sector. (...) intenta distinguir entre los efectos que esta consolidación tuvo sobre la eficiencia y el poder de mercado a través de la dispersión de los tipos de interés (la diferencia entre el tipo de interés medio que pagan los prestatarios y el tipo de interés medio que el banco paga para los depósitos). Un incremento en la dispersión de los tipos de interés indica que los bancos ganaron más poder de mercado y lo transfirieron a los consumidores en forma de menores costes gracias a las ganancias en eficiencia. Usando datos del Banco Mundial y del Bank for International Settlements (...) encuentra resultados variados. Las alianzas estratégicas realizadas entre diferentes países de la Unión Europea parecen estar asociadas a un incremento en la dispersión de los tipos de interés. Fuera de la UE, tanto las alianzas estratégicas como las fusiones han reducido la dispersión en los tipos de interés, con efectos positivos para el bienestar. Otro hecho interesante sobre las fusiones es que las que se producen entre empresas asimétricas (por ejemplo una empresa grande y una empresa pequeña) tiende a dar mejores resultados que aquellas que se producen entre empresas simétricas”.

⁴⁵⁰ MASCAREÑAS, J. op. cit. (*Fusiones y adquisiciones de empresas*), p. 7.

⁴⁵¹ MASCAREÑAS, J. op. cit. (*Fusiones y adquisiciones de empresas*), p. 10.

6. REFERENCIA AL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES EN LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

El sistema de economía de mercado (capitalismo) es “global”⁴⁵², como ya se ha indicado, y, consecuentemente, su principal “máquina jurídica”⁴⁵³, la sociedad anónima, también ha de ser global, lo que se posibilita mediante las fusiones transfronterizas.

La globalización a la que asistimos hoy “*abarca, salvo ciertas restricciones que tienden a disminuir, la totalidad de la enorme cantidad de bienes y servicios que produce la economía capitalista, basada, entre otros pilares, en el consumo en masa*”⁴⁵⁴. A pesar de que algunas voces la intenten relativizar y circunscribir al ámbito financiero y graduarla respecto del resto del sistema económico, según los diferentes sectores de la economía, lo cierto es que, como hemos mencionado, es general para todos los sectores económicos, salvo ciertas restricciones. En todo caso, esa globalización y “enormidad” de transacciones, requiere de la libertad de establecimiento de sus principales agentes, las empresas-sociedades anónimas, así como de la libre circulación de sus capitales ya que éstas son los principales agentes económicos de los sistemas de economía de mercado.

Hoy “*es incuestionable que en los últimos años una poderosa realidad ha cobrado vigor: la de la globalización económica*”⁴⁵⁵. Pero aun cuando esta apreciación pueda moderarse⁴⁵⁶, es una idea generalmente aceptada que “*la vertiente que más se ha desarrollado de la globalización económica ha sido la financiera, es decir la atinente al movimiento a escala planetaria de los servicios financieros. En el campo financiero sí puede hablarse de globalización o mundialización en el pleno sentido de la palabra*”⁴⁵⁷. Sin embargo, el sistema de economía de mercado es un “régimen”⁴⁵⁸ incompleto, en cuanto que “*solo gobierna la función económica, aun cuando la función económica haya llegado a tener prioridad sobre otras funciones*”⁴⁵⁹, lo que presupone que dicha globalización económica debe también transformarse, entre otras circunstancias, en una globalización jurídica.

Precisando más, cabría afirmar que “*estamos viviendo un proceso que nos lleva hacia una mayor globalización*”⁴⁶⁰, y no que estemos ante una completa y efectiva globalización o mundialización. Este proceso de “globalización creciente” se está alcanzando mediante “las rutas regionales”⁴⁶¹, ya que a la problemática de qué Derecho es el que aplica o regula esta nueva realidad⁴⁶² se suma que la universalización de un derecho positivo⁴⁶³ dista de ser una realidad completa. Estas “rutas regionales” están implicando la universalización “parcial” o “regional” del Derecho positivo, en determinados espacios, conviviendo Entes Supraestatales y Estados. En estos espacios es donde se producen con mayor intensidad las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, coincidiendo los mismos con regulaciones jurídico positivas ejemplares. La completa regulación de esos derechos o libertades en la Unión Europea tiene un marchamo incomparable de racionalidad, y por ello sus normas son punto obligado de referencia.

La historicidad inherente a todo “proceso”, determina que sólo sea un fenómeno “relativamente reciente” la consolidación del derecho de establecimiento y de la libre circulación de capitales, como rasgos distintivos del sistema de economía de mercado o capitalismo moderno⁴⁶⁴. De ahí la que la referencia ambos derechos o libertades sea precisa dada su complementariedad. “*La libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento se solapan ampliamente y son libertades fundamentales en Europa para el Derecho de sociedades y para el mercado de capitales*”⁴⁶⁵.

La inherencia del derecho de establecimiento y de la libre circulación de capitales a la globalización o mundialización económica determina que la Directiva 2005/56/CE, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital⁴⁶⁶, destaque que las disposiciones y trámites de las legislaciones nacionales a que aquella norma de la Unión se refiere no deban “*en ningún caso imponer restricciones a la libertad de establecimiento o de circulación de capital*”, a menos, se afirma con dudosa oportunidad económico financiera pero sí política, que dichas restricciones se puedan justificar de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, por razones de interés general y sean necesarias y proporcionadas para el respeto de dichas exigencias imperativas.

6.1. El “derecho de establecimiento” de la sociedad absorbente o de nueva creación, resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Las sociedades anónimas, los auténticos sujetos protagonistas o agentes de la actividad económica y comercio transfronterizo intracomunitario, son los agentes económicos principales de la Unión Europea, ya que son los que con mayor asiduidad y cuantitativamente invierten, producen, introducen innovaciones tecnológicas, crean derechos de propiedad industrial y adquieren bienes y servicios. Son las protagonistas principales de la contratación internacional, de la adquisición, explotación de los derechos de propiedad, y de la concurrencia y competencia empresarial. El derecho de establecimiento supone o presupone la vigencia del principio de una economía de mercado abierta con libre competencia. De ahí que libertad⁴⁶⁷ y derecho de establecimiento generalmente se confundan, y deban encuadrarse en el contexto general de las libertades y derechos económicos propiamente comunitarios o de Derecho de la Unión Europea⁴⁶⁸.

El “derecho de establecimiento” está en la base o urdimbre del derecho de sociedades de la Unión Europea⁴⁶⁹, circunstancia determinante de que deba efectuarse en esta Tesis una referencia al mismo, si bien en el marco aplicable a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas que se lleven a efecto en el ámbito de la Unión Europea. En este sentido, el derecho de establecimiento debe configurarse o entenderse como la posibilidad de “*participar, de manera estable y continuada, en la vida económica de (otro) Estado miembro*”⁴⁷⁰, a fin de garantizar su pleno disfrute. A *contrario sensu*, como ha indicado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, el “derecho de establecimiento” pone límites a afirmaciones nacionalistas como que “*una sociedad creada en virtud de un ordenamiento*

jurídico nacional sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y su funcionamiento”⁴⁷¹.

Cabe precisar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que las reglas establecidas sobre el derecho de establecimiento se aplican, no sólo a las normas y prácticas nacionales directa y específicamente relacionadas con el ejercicio de la actividad económica de que se trate, sino también a todas las “*relativas a las diversas facultades generales útiles para el ejercicio de dichas actividades*”⁴⁷². Ello supone que cualesquiera exigencias legales de los Estados miembros que supongan un obstáculo a esta libertad de establecimiento contrarían el Derecho de la Unión, y consecuentemente son nulas e inaplicables⁴⁷³, no obstante la existencia de ciertas excepciones que operan como límites a esa libertad o derecho y que están severamente condicionadas⁴⁷⁴.

En el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento están comprendidas, por tanto, todas las medidas que permiten acceder a otro Estado miembro o ejercer en él actividades económicas, ofreciendo a los interesados la posibilidad de participar en la vida económica del país de manera efectiva y en condiciones idénticas a las de las empresas nacionales incluyendo, incluso, las medidas⁴⁷⁵ que meramente facilitan dicho acceso⁴⁷⁶. El artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “**TFUE**”) prohíbe, en particular a este respecto, cualquier restricción a la libertad de establecimiento. En igual sentido, el artículo III-137 de la *no nata* Constitución Europea establecía con rotundidad que quedaban “*prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro*”.

Las disposiciones del TFUE sobre la libertad de establecimiento pretenden asegurar el beneficio del trato nacional en el Estado miembro de acogida y se oponen, además, a que el Estado miembro de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de una sociedad constituida de conformidad con su legislación, y, en general, todas las medidas que prohíban, dificulten o hagan menos atractivo el ejercicio de esa libertad⁴⁷⁷ para las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión⁴⁷⁸. En especial “*la libertad de establecimiento es aplicable a las transferencias de actividades de una sociedad del territorio de un Estado miembro a otro Estado miembro, ello con abstracción de si la sociedad interesada transfiere su domicilio social y su dirección efectiva fuera de ese territorio o si transfiere activos de un establecimiento permanente situado en dicho territorio a otro Estado miembro*”⁴⁷⁹.

La prohibición de restricciones al derecho de establecimiento, además de extenderse a cualesquiera restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales⁴⁸⁰ por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro, comprende también el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales (artículo 59 TFUE).

Las sociedades mercantiles y en especial las sociedades anónimas, principales agentes económicos y grandes protagonistas de la actividad económica de la Unión Europea, deberán haber sido constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y tener su sede social, administración central o centro de actividad principal también en un Estado miembro para ser acreedoras de la libertad y el derecho de establecimiento.

Tener en un Estado miembro el centro de explotación principal (lugar donde una entidad desarrolla principalmente su actividad económicas) o tener en un Estado miembro la sede estatutaria o su administración central (ubicación de la sede de la sociedad conforme a sus estatutos) o el lugar donde la sociedad tiene su centro de dirección efectiva, son criterios alternativos, de tal manera que, al menos, deberá concurrir al menos uno de ellos junto a la circunstancia de que la sociedad se haya constituido con arreglo a la legislación de un Estado miembro. Lo habitual es que si la sociedad se ha constituido con arreglo a la legislación de un Estado miembro, concurre también alguno de los otros requisitos en dicho Estado miembro. Es más, no es un hecho infrecuente que la ubicación de la sede social, el lugar de la realización de la mayor parte de las actividades y dónde se encuentre el centro efectivo de la dirección de la sociedad coincidan en el mismo Estado miembro de la Unión Europea.

Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedan equiparadas, a efectos de la aplicación de la libertad fundamental a la que venimos aludiendo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros, conforme indica el art. 54.1 TFUE. Cabe recordar que, en igual sentido, el artículo III-142 de la *no nata* Constitución Europea, establecía que las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encontrase dentro de la Unión quedaban equiparadas, a efectos de la aplicación de la “libertad de establecimiento” (artículos III-137 a III-143), a las personas físicas nacionales de los Estados miembro. A este respecto, conforme al art. 54.2 se deberá entenderá por sociedades naturalmente a las sociedades anónimas y, en general a todas las personas jurídicas ya sean de Derecho privado o público con “excepción de las que no persigan un fin lucrativo”. Esta disposición, sin embargo, en modo alguno es una norma de reconocimiento directo de sociedades “*sino una disposición que procede a delimitar, por analogía con las personas físicas, el ámbito de aplicación subjetivo de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en relación con las personas jurídicas*”⁴⁸¹.

Mediante la proclamación del “derecho de establecimiento” se pretende, entre otras finalidades, promover la concentración de empresas⁴⁸², siendo un medio privilegiado para ello la fusión transfronteriza de sociedades anónimas o la constitución de una Sociedad Anónima Europea. Efectivamente, los operadores económicos han de poder establecer su sede en base a consideraciones de índole económica, sin otros condicionamientos ajenos al principio de economicidad, de tal manera que han de poder atender únicamente las ventajas

que les proporciona una relación de costes más favorable, entre otros, de los factores de producción y las infraestructuras existentes, en una determinada localización. El tratamiento diferenciado de las sociedades anónimas en razón de su nacionalidad además de ser contrario a los principios comunitarios, contraviene el ejercicio de la libertad de establecimiento⁴⁸³.

La “*par conditio concurrentium*”⁴⁸⁴ que enuncia el TFUE aboga por un sistema que permita que las libertades económicas sean reales y efectivas sin que interfieran en el tráfico elementos generadores de desigualdades operativas e interposición de barreras de hecho debidas a la condición de nacional o extranjero. El “derecho de establecimiento” ha tenido su desarrollo muy relevante en el marco de la Unión Europea y se vincula, como elemento básico o esencial, a la construcción del mercado único⁴⁸⁵.

Siguiendo la regulación jurídica de la Unión Europea ha de partirse de la diferenciación entre la movilidad que supone la posibilidad de abrir establecimientos secundarios, o sucursales, en otro Estado (miembro de la Unión Europea), de la plena movilidad societaria.

El denominado “derecho de establecimiento primario”, trata de la posibilidad de constituir una persona jurídica en otro Estado (miembro de la Unión Europea), *ex novo*, lo que puede suceder precisamente tanto en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas como en los supuestos de constitución por fusión de una Sociedad Anónima Europea, y en relación al mismo se formula la propuesta más relevante y significativa para eliminar cualquier cuestión relativa al “derecho de establecimiento”⁴⁸⁶. Este derecho de establecimiento primario⁴⁸⁷ comprendería también la posibilidad de trasladar el domicilio de la sociedad anónima ya constituida con arreglo a una determinada legislación nacional a otro Estado (miembro de la Unión Europea)⁴⁸⁸, lugar o entorno natural de los llamados “derechos de salida y “derechos de entrada y acceso al mercado”⁴⁸⁹.

La libertad de establecimiento primario también puede concebirse que se refiere no solamente a la capacidad para constituir mediante fusión, *ex novo*, una sociedad anónima, sino también a la posibilidad de trasladar el domicilio de una sociedad anónima ya constituida a otro Estado miembro con la finalidad de realizar una fusión⁴⁹⁰⁴⁹¹, y siempre que la operación se lleve a cabo con fines no fraudulentos⁴⁹². Precisamente la fusión transfronteriza evita, en aras de la racionalidad, acudir a este incómodo y costoso procedimiento⁴⁹³, “*pues permite, mediante una sola operación, comenzar a ejercer una actividad dada sin solución de continuidad, reduciendo, por consiguiente, las complicaciones, demoras y costes resultantes de otras formas de agrupación de las sociedades, tales como los que entrañan, por ejemplo, la disolución de una sociedad con liquidación de su patrimonio y la constitución de una nueva sociedad con transmisión de los elementos del patrimonio a ésta*”⁴⁹⁴.

Las operaciones de fusiones transfronterizas, al igual que otras operaciones de transformación de sociedades, responden a las necesidades de cooperación y de reagrupamiento entre sociedades establecidas en Estados miembros diferentes y

constituyen modalidades particulares del ejercicio de la libertad de establecimiento, importantes para el buen funcionamiento del mercado interior, y entran, por tanto, dentro del ámbito de las actividades económicas para las que los Estados miembros están obligados a respetar la libertad de establecimiento⁴⁹⁵.

En sentido contrario, *“el hecho de denegar de manera general, en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil de una fusión entre una sociedad establecida en dicho Estado y una sociedad cuyo domicilio social esté situado en otro Estado miembro produce el resultado de impedir la realización de fusiones transfronterizas”*⁴⁹⁶ impide el ejercicio del derecho de establecimiento. En igual sentido, también infringe el derecho de establecimiento que *“en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil nacional de la fusión por disolución sin liquidación de una sociedad y por transmisión universal de su patrimonio a otra sociedad se deniegue de manera general cuando una de las dos sociedades tenga su domicilio social en otro Estado miembro, mientras que una inscripción de ese tipo es posible, respetando ciertos requisitos, cuando las dos sociedades que participan en la fusión tienen su domicilio social en el territorio del primer Estado miembro”*⁴⁹⁷.

Ciertamente, *“el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento incluye cualquier medida que permita, o incluso que se limite a facilitar, el acceso a un Estado miembro distinto del de establecimiento y el ejercicio de una actividad económica en dicho Estado, haciendo posible la participación efectiva de los operadores económicos interesados en la vida económica del referido Estado miembro, en las mismas condiciones que las aplicables a los operadores nacionales”*⁴⁹⁸, por lo que han de facilitarse por las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea las fusiones transfronterizas.

Finalmente, no queremos dejar de destacar que en el caso de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se acentúa la necesidad, sustantiva o material, de protección de los socios, acreedores y otras personas que se relacionen puedan relacionarse con las sociedades anónimas participantes en la fusión (artículo 50.2.g, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE)⁴⁹⁹, dada la diferencia de criterios para la determinación de la *lex societatis* que se sitúan en el intervalo entre la teoría de la sede (en los ordenamientos de raíz romano-germánica) y la teoría de la constitución, incorporación o *gründungstheorie* (en los ordenamientos de influencia anglosajona).

6.2. La indisoluble vinculación de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas a la libre circulación de capitales.

En la Era de las Finanzas⁵⁰⁰, las grandes sociedades anónimas son protagonistas relevantes de la globalización⁵⁰¹ y sus fusiones transfronterizas elementos singularmente destacados tanto en los mercados financieros, ya plenamente mundializados, como en el resto del sistema económico en proceso desigual de universalización o mundialización. Por ello se afirma que las operaciones de fusión, están comprendidas en el ámbito de aplicación de la libre circulación de capitales⁵⁰².

Ante la falta de definición en el TFUE, del concepto de “movimientos de capitales”, el Tribunal de Justicia ha reconocido un valor indicativo a la nomenclatura que constituye el Anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado, entendiéndose no obstante, que la lista que incluye no tiene carácter exhaustivo, conforme se indica en la introducción de dicho anexo⁵⁰³. Así según el punto 1, “Inversiones directas” del Anexo I deben considerarse como tales la “*adquisición total de empresas existentes*” (número 1) y la “*participación en empresas nuevas o existentes para crear o mantener vínculos económicos duraderos*” (número 2). Las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas al estar “*indisolublemente vinculadas a un movimiento de capitales*”⁵⁰⁴, deben considerarse como tales⁵⁰⁵.

La libre circulación de capitales está garantizada para los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, al quedar “*prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países*” (artículo 63 del TFUE⁵⁰⁶), bien que con ciertas cautelas⁵⁰⁷, así como “*cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países*”. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que la libre circulación de capitales “*supone la supresión de las restricciones a los movimientos de capitales pertenecientes a personas residentes en los Estados miembros, así como de las discriminaciones de trato por razón de nacionalidad o residencia de las partes o del lugar de colocación de los capitales. La Primera Directiva prevé, (...), la liberalización completa de determinados movimientos de capitales y pretende eliminar los obstáculos administrativos que, aun cuando no impongan autorizaciones de cambio ni afecten a la adquisición de títulos extranjeros, no por ello dejan de representar una traba para la liberalización más amplia y más rápida de los movimientos de capitales entre los Estados miembros, que es necesaria (...) para la consecución de los objetivos de la comunidad europea*”⁵⁰⁸.

La libre circulación de capitales sólo puede limitarse mediante una normativa nacional si ésta se halla justificada por alguna de las razones mencionadas en el artículo 65.1.b TFUE. Dichas medidas se circunscriben a la adopción de medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho nacional, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística, adoptar medidas justificadas por razones de orden o seguridad públicos, o por razones imperiosas de interés general, en el sentido que indica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁵⁰⁹.

En igual sentido, el artículo III-156 de la *no nata* Constitución Europea, establecía con que “*quedan prohibidas las restricciones tanto a los movimientos de capitales como a los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países*”, previniéndose, no obstante, que “*la ley o ley marco europea establecerá medidas relativas a los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas*”. Entre tales inversiones directas deben incluirse las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, si bien no debe olvidarse que tales regulaciones, deberán tratar “*de alcanzar el objetivo de la libre circulación de capitales entre Estados miembros y terceros países en el mayor grado posible*” y que “*sólo una ley o ley*

marco europea del Consejo (que habría de pronunciarse por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo) podrá establecer medidas que supongan un retroceso en el Derecho de la Unión respecto de la liberalización de los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos”.

⁴⁵² “El sistema capitalista global no es nuevo ni siquiera novedoso. Sus antecedentes se remontan a la Liga Hanseática y las ciudades estado italianas, en la que diferentes entidades políticas estaban vinculadas pro lazos comerciales y financieros. El capitalismo pasó a ser dominante en el siglo XIX y lo siguió siendo hasta que fue trastocado por la primera guerra mundial. Pero el sistema capitalista global que prevalece hoy en día presenta algunas características novedosas que lo distinguen de anteriores encarnaciones”, afirma SOROS, G., op. cit. (*La crisis del capitalismo global*), p. 137.

⁴⁵³ Esta calificación de la sociedad anónima como “gran máquina del siglo XIX”, que utilizó la exposición de motivos del Decreto de 1868 (...), se reiteraría y la haría famosa Ripert ochenta años después denominándola como “máquina jurídica”, tras considerarla como un maravilloso instrumento creado “por el capitalismo moderno para recolectar el ahorro con el fin de la fundación y la explotación de empresas”. Expansión de la sociedad anónima que se ha visto confirmada posteriormente cuando, tras su desarrollo constante, se consolida como titular de la gran empresa, tanto cuando aparece de forma aislada, como cuando de manera más frecuente forma parte de un grupo de sociedades que potencia su presencia como motor de la actividad económica y asume su papel de “operadora” económica protagonista del mercado”, afirma SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad Cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 57.

⁴⁵⁴ CAZORLA PRIETO, L. M., op. cit. (*El gobierno de la globalización financiera: Una aproximación jurídica*), p. 21.

⁴⁵⁵ CAZORLA PRIETO, L. M., op. cit. (*El gobierno de la globalización financiera: Una aproximación jurídica*), p. 21; “La mundialización de los procesos productivos conlleva que el planeta entero se esté convirtiendo un único mercado global donde los capitales, las tecnologías, la información, los trabajadores y los productos saltan de un país a otro aparentemente si la posibilidad de ser detenidos. Y todo eso es lo que representa la globalización, que podría definirse como la situación en la que existe el libre movimiento internacional de cinco factores: el capital, el trabajo, las tecnologías, el comercio y la información”, “, afirma SALA i MARTÍ, X., op. cit. (*Economía liberal para no economistas y no liberales*), p. 85.

⁴⁵⁶ “Tampoco puede decirse que la globalización de capitales sea un hecho, cuando hay muchos países pobres que impiden legalmente las inversiones extranjeras o prohíbe que personas no nacionales sean propietarias de empresas en el país”, puntualiza SALA i MARTÍ, X., op. cit. (*Economía liberal para no economistas y no liberales*), p. 86.

⁴⁵⁷ CAZORLA PRIETO, L. M., op. cit. (*El gobierno de la globalización financiera: Una aproximación jurídica*), p. 22; “La actividad financiera puede decirse que es la primera actividad económica que ha alcanzado un estatus global (...). La convicción de que promoviendo la globalización se mejorará el futuro de la economía mundial, lleva a preconizar el cambio de los sistemas operativos del mundo, tratando de eliminar progresiva y sistemáticamente las barreras levantadas en siglos de nacionalismo y comportamientos proteccionistas”, indica PRIETO PÉREZ, E., “*La Era de las Finanzas, Mercados Financieros y Globalización*”, discurso pronunciado en la toma de posesión como Académico de número el día 20 de febrero de 2002, Real Academia de Doctores, Madrid 2202, p. 7; La limitada globalización fuera del ámbito financiero o ausencia de mundialización no económica se pone de manifiesto en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, cuando se afirma que “hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho Internacional. La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional”; La tensión entre la organización política mediante estados-nación y la mundialización se pone de manifiesto con la aprobación de los Reglamentos (UE del Parlamento Europeo y del Consejo) números 230/2014 de 11 de marzo de 2014, por el que se establece un Instrumento en pro de la Estabilidad y la Paz, 231/2014 de 11 de marzo de 2014, por el que se establece un Instrumento de Ayuda Preadhesión (IAP II), 232/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2014 por el que se establece un Instrumento Europeo de Vecindad, que sustituye al Reglamento (CE) no 1638/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, que expiró el 31 de diciembre de 2013, 233/2014 de 11 de marzo de 2014, por el que se establece un Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo para el período 2014-2020, de 11 de marzo de 2014, por el que se establece un

Instrumento de Colaboración para la cooperación con terceros países, 235/2014 de 11 de marzo de 2014, por el que se establece un instrumento financiero para la democracia y los derechos humanos a escala mundial, 236/2014 de 11 de marzo de 2014, por el que se establecen normas y procedimientos de ejecución comunes de los instrumentos de la Unión para la financiación de la acción exterior

⁴⁵⁸ Conviene destacar, en lo que es relevante para la presente tesis, que el significado que el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 2001, da a “régimen”, es el siguiente: “Conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad/2. Sistema político por el que se rige una nación/3. Modo regular o habitual de producirse algo”; El DICCIONARIO DEL ESPAÑOL ACTUAL, de MANUEL SECO, OLIMPIA ANDÉS y GABINO RAMOS, Aguilar Lexicografía/Grupo Santillana Ediciones, S. A., Madrid 1999, considera como significado de “régimen” el siguiente: “1. Sistema por el que se rige un Estado/2. Sistema por el que se rige una actividad o una institución”; El DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL, de MARÍA MOLINER, t. A-G, Editorial Gredos, S. A., Madrid 1994, asigna a “régimen” los siguientes significados: “1. Conjunto de normas que reglamentan cierta cosa/Modo regular o habitual de producirse cierta cosa/2. Régimen político”.

⁴⁵⁹ SOROS, G., op. cit. (*La crisis del capitalismo global*), pp. 137-138, que añade: “El régimen actual tiene una historia pero no es un régimen bien definido. Es difícil incluso identificar cuando nació”; Efectivamente constituye un “régimen” en cuanto “conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad”, primera acepción que le atribuye el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Sobre los distintos tipos de normas distingue entre normas morales, institucionales y jurídicas y los correspondientes entramados de derechos y deberes, CRUZ PARCERO, J. A., “*El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*”, Editorial Trotta S. A., Madrid 2007.

⁴⁶⁰ “A pesar de lo que muchos creen, el mundo actual no está, ni mucho menos, totalmente globalizado. Los conflictos migratorios que vivimos en nuestra tierra nos demuestran que continúan existiendo impedimentos para la emigración internacional. Los países ricos han erigido barreras que la dificultan. Desde este punto de vista, se podría argumentar que el mundo estaba mucho más globalizado hace cien años, cuando millones de europeos emigraban sin obstáculos legales hacia el continente ameno en busca de una vida mejor. La globalización tecnológica y la información tampoco ha llegado a todo el mundo, porque existen millones de africanos que jamás han visto un teléfono o un ordenador y ni siquiera se pueden imaginar eso que llamamos Internet. La globalización comercial tampoco existe ya que sigue habiendo grandes impedimentos legales para que los países pobres exporten sus productos agrícolas y textiles a Europa, Japón o estados Unidos (...). Si la globalización es la situación en la que ni las distancias físicas ni las fronteras impiden el movimiento de mercancías, capitales, personas, (...) e información, ¿el mundo actual no es, ni de lejos, un mundo totalmente globalizado!”, precisa SALA i MARTÍ, X., op. cit. (*Economía liberal para no economistas y no liberales*), p. 86.

⁴⁶¹ Afirma DE PALACIO, A, “*La ruta regional a la globalización del libre comercio*”, ABC, de 7 de agosto de 2013, p. 3, que “una nueva oleada de negociaciones comerciales regionales ha asumido la tarea de establecer un régimen de comercio global. La Administración del presidente Barack Obama ha erigido a EE.UU. en pieza central de este cambio, al emprender simultáneamente dos importantes negociaciones: el Acuerdo Transatlántico de Libre comercio e Inversión (TTIP) con la Unión Europea y la Alianza Transpacífica (TPP) con 11 países de América y Asia. Único actor común a ambas iniciativas, EE.UU. está en condiciones tanto de hacerlas progresar armónicamente, cuanto de utilizar los avances de una negociación en contra de la otra. Este último enfoque no sólo afectaría a los países directamente involucrados en ellas, sino que dañaría gravemente la proyección de un sistema global de base jurídica. La nueva estrategia regional puede tener éxito y proporcionar una base sobre la que construir un régimen de comercio internacional. Pero ello sólo ocurrirá si el TTIP y la TPP son equilibrados y accesibles a la comunidad internacional en general. Delo contrario, se corre el riesgo de provocar costoso desequilibrios globales e incluso fragmentación del comercio”. Bien que no sean comparables a la Unión Europea, ni la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), ni la Organización de Estados Americanos (OEA), ni la Liga Árabe, etc.; COLOMER, J. M., op. cit. (*El gobierno mundial de los expertos*), pp. 22-36.

⁴⁶² Según LOIS ESTÉVEZ, J., “*Nueva versión sobre el Derecho, y otros estudios*”, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1977, pp. 34-35, “el Derecho no es un complejo de normas –como quieren Kelsen y la teoría tradicional- ni “conducta en interferencia intersubjetiva”- como pretende la concepción egológica- sino que consiste en “regularidades de conducta compatibilizada que tienen, por su propia naturaleza, un valor normativo intrínseco. No importa que las regularidades de conducta se logren espontánea o reflexivamente, por autoconciencia social o por imposición política. Si llegan a existir son Derecho (...) La hipótesis de que el Derecho es nuda normatividad conduce, por otra parte, a la inconsecuencia de un Ordenamiento jurídico que surge de la nada en una sociedad que, supuestamente antes de él estaba viviendo sin Derecho. Pues dándose las normas en el tiempo, alguna tiene que haber sido la inauguralmente instaurada, lo que plantea la cuestión,

la cuestión, insoluble para el normativismo, de cómo se regía hasta ese instante dicha sociedad. El derecho no puede pues ser resuelto en normas. Pero no por eso es verdadera su postura entitética, preconizada por la teoría egológica”, sobre la composición de un sistema jurídico pp. 60-61; Acerca de las norma y las fuentes del Derecho, AGUILÓ REGLA, “Fuentes del Derecho”, en Conceptos básicos del derecho, (Daniel González Lagier, coord.), Marcial Pons, Madrid 2015, pp. 149 ss.

⁴⁶³ Acerca del positivismo jurídico, MENDONCA, D. (ed.), op. cit. (*Compendio de una teoría analítica del derecho. Albourrón y Bulgín en su textos*), pp. 34-47.

⁴⁶⁴ SOROS, G., op. cit. (*La crisis del capitalismo global*), p. 137.

⁴⁶⁵ SPINDLER, G., “El Derecho europeo de sociedades después de *Inspire Art. y Golden Shares*”, RdS núm. 23, 2004-2, p. 80.

⁴⁶⁶ Considerando 3.

⁴⁶⁷ CALVO CARAVACA. A. J. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Mercado único y libre competencia en la Unión Europea”, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 25-32, y 87-200; B. GOLDMAN, B., LYON-CAEN. A. y VOGEL, I., “Droit commercial européen,” 5.ª ed., Dalloz, París, 1994, pp. 98-104.

⁴⁶⁸ BARNARD, C., “*The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*”, Oxford, 2004, esp. pp. 12-33; BOGER, M. “*Die Anwendbarkeit der Cassis-Formel auf Ungleichbehandlungen im Rahmen der Grundfreiheiten: eine Untersuchung auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH unter besonderer Berücksichtigung des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung*”, Berlín, 2004; BRIGOLA, A., “*Das System der EG-Grundfreiheiten: vom Diskriminierungsverbots zum spezifischen Beschränkungsverbot*”, Munich, 2004; CRONES, L., “*Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum persönlichen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und der Gemeinschaftsgrundrechte*”, Baden-Baden, 2002; DAVIES, G., “*EU Internal Market Law*”, Londres, 2002; D. EHLERS (Hrsg.), “*Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*”, Berlín, 2003; C. FAULENBACH, “*Der gemeinschaftsrechtliche Vorbehalt im europäischen Wettbewerbsrecht: die Herkunftslandanknüpfung der E-Commerce-Richtlinie unter dem Einfluss der Grundfreiheiten*”, Frankfurt am Main, 2004; FEIDEN, S., “*Die Bedeutung der ‘Keck’-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten: ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten*”, Berlín, 2003; FRENZ, W., “*Verpflichtungen Privater durch Richtlinien und Grundfreiheiten (Zugleich Anmerkung zu EuGH, Rs. C 397/01 bis C-403/01 (DRK-Urteil))*”, EWS, 2005, pp. 104-108; GRABER, R., “*Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten: eine Untersuchung anhand einer Auslegung des EG-Vertrages, der Rechtsprechung des Gerichtshofes und der Folgen einer angenommenen unmittelbaren Drittwirkung*”, Munich, 2002; GEBAUER, J. “*Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, Berlín, 2004; HATJE A., (HRSG.), “*Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe*”, Baden-Baden, 2002; ST. KADELBACH, S. T., y PETERSEN, N., “*Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten. Anmerkung zum EuGH-Urteil in der Rs. C-112/00, Schmidberger/Republik Österreich (Brennerblockade, EuGRZ 2003, 492)*”, EuGRZ, 30, 22/23, 2003, pp. 693-698; MOJZESOWICZ, K., “*Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten*”, Baden-Baden, 2001; A. MÜHL, A. “*Diskriminierung und Beschränkung. Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten*”, Berlín, 2004; R. MUÑOZ, R., “*Le marché intérieur: comment rendre effectifs les droits des intéressés?*”, Rev.M.C., n.º 458, mai 2002, pp. 337-341; O'BRIEN, M., “*Company taxation, State aid and fundamental freedoms: is the next step enhanced co-operation?*”, Eur.L.Rev., 2005, pp. 209-233; OTTERSBAACH, K., “*Rechtsmissbrauch bei den Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes*”, Baden-Baden, 2001; PHILIP, P. y L. VANHOVE, L., “*Le droit fiscal face aux libertés fondamentales du Traité de l'Union européenne*”, Petites affiches, 393, n.º 7, 9 janvier 2004, pp. 4-9; PLÖTSCHER, ST., “*Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht: zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten des EG-Vertrages*”, Berlín, 2003; PREEDY, K., “*Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten - Zur so genannten Drittwirkung im Europarecht*”, Berlín, 2005; SCHIMMING, G., “*Konvergenz der Grundfreiheiten des EGV unter besonderer Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Einfuhr- und Einreisebeschränkungen*”, Regensburg, Univ., Diss., 2002; SCHINDLER, D., “*Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten. Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und der Drittwirkungslehre*”, Berlín, 2001; SNELL, J., “*Goods and services in EC law: a study of the relationship between the freedoms*”, Oxford, 2002; STREINZ, R., “*Anmerkung zu EuGH C-36/02 (Zulässige Beschränkung der Grundfreiheiten; Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH./Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn)*”, JuS, 2005, pp. 64-66; TASSIKAS, A. “*Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als Ausnahmehereiche: ein Beitrag zur Privatautonomie, Vertragsgestaltung und Rechtsfindung im Vertragsverkehr des Binnenmarkts*”, Tübingen, 2004; VARGAS VASSEROT, C., “*El derecho societario comunitario y la jurisprudencia del TJUE en la interpretación de las Directivas societarias*”, Rds núm. 22, 2004-1, p. 307.

⁴⁶⁹ “El Derecho de Sociedades comunitario nace al amparo de la realización de la libertad de establecimiento”, afirma MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D. F., op. cit. (*La armonización del derecho societario europeo en el siglo XXI: un análisis sistemático desde la integración uniforme de las fuentes comunitarias*), p. 274; “El ejercicio pleno de la libertad de establecimiento es la condición primera para lograr que los operadores económicos

puedan elegir libremente dónde ejercer su actividad tomando en cuenta factores de producción, las infraestructuras y los demás elementos necesarios para la misma, pero sin que entren en consideración restricciones jurídicas vinculadas a su nacionalidad”, afirma RODAS PAREDES, P. N., , “*La movilidad societaria y la circulación de capitales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”, Revista Práctica de Derecho (CEF), núm. 157, Febrero 2014, p. 109. Por LEXIDALE/BECH-BRUUN, “Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive” (Redactado por Mr. Thomas Biermeyer para European Union’s Directorate General on Internal Markets and Services (DG)), Septiembre de 2013., apartado 3.4.11, “Limitation on Cross-Border Mergers between Certain Types of Companies”, pp. 890-81 se plantea la cuestión de si esa limitación supone infracción de la libertad de establecimiento en los siguientes términos: “Article 4(1)(a) CBMD provides that cross-border mergers shall only be possible between types of companies that may merge under the national law of the relevant Member State. Stakeholders report that this is an obstacle to the full effectiveness of cross-border mergers in the EU/EEA. The reason is that this limitation creates an artificial stage to a proposed merger; instead of merging directly, one has to convert the acquired company to a recognized type and only then is able to merge. This process costs both time and additional expenses for the companies undergoing the merger. Member States that have placed such a limitation are the Czech Republic, Lithuania, the Netherlands, and Iceland. It also has to be considered that this raises a potential tension with the freedom of establishment. Courts might find that non-discriminatory obstacles are in violation of Article 49 TFEU if they unjustifiably hinder the exercise of the freedom of establishment.⁸⁶ Limitations on cross-border mergers between certain types of companies could potentially be regarded as such a violation, unless justified”.

⁴⁷⁰ STJUE de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94, Gebhard.

⁴⁷¹ STJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, que añade, siguiendo lo establecido en las SSTJUE de 27 de septiembre de 1988, asunto 81/87, Daily Mail and General Trust, y de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, Überseering, que “de las legislaciones de los Estados miembros difieren ampliamente en lo que atañe tanto al vínculo de conexión con el territorio nacional exigido con miras a la constitución de una sociedad, como a la posibilidad de que una sociedad constituida de conformidad con tal legislación modifique posteriormente ese vínculo de conexión. Algunas legislaciones exigen que esté situado en su territorio no sólo el domicilio estatutario, sino también el domicilio real, es decir, la administración central de la sociedad, de forma que el desplazamiento de la administración central fuera de ese territorio supone la disolución de la sociedad, con todas las consecuencias que dicha disolución implica en el plano del Derecho de sociedades. Otras legislaciones reconocen a las sociedades el derecho a trasladar su administración central al extranjero, pero algunas de éstas someten ese derecho a determinadas restricciones, y las consecuencias jurídicas del traslado varían de un Estado miembro a otro (...) , el Tratado CEE tuvo en cuenta dicha disparidad de las legislaciones nacionales. Al definir en el artículo (...) las sociedades que pueden disfrutar del derecho de establecimiento, el Tratado CEE puso en pie de igualdad el domicilio estatutario, la administración central y el establecimiento principal de una sociedad como criterio de conexión(...) la posibilidad de una sociedad constituida conforme a la legislación de un Estado miembro de trasladar su domicilio social, estatutario o efectivo, a otro Estado miembro sin perder la personalidad jurídica que ostenta en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de constitución y, en su caso, los procedimientos de dicho traslado, están determinados por la legislación nacional conforme a la cual se haya constituido. De ello infirió que un Estado miembro puede imponer a una sociedad constituida en virtud de su ordenamiento jurídico restricciones al traslado de su domicilio social efectivo fuera de su territorio para poder conservar la personalidad jurídica que poseía en virtud del Derecho de ese mismo Estado miembro (...) a falta de una definición uniforme dada por el Derecho comunitario de las sociedades que pueden gozar del derecho de establecimiento en función de un criterio de conexión único que determine el Derecho nacional aplicable a una sociedad, la cuestión de si el artículo (que regula la libertad de establecimiento) se aplica a una sociedad que invoque la libertad fundamental consagrada por dicho artículo, a semejanza, por lo demás, de la cuestión de si una persona física es un nacional de un Estado miembro que, por este motivo, puede gozar de dicha libertad, constituye una cuestión previa que, en el estado actual del Derecho comunitario, sólo se puede responder sobre la base del Derecho nacional aplicable”, concluyendo que el Derecho de la Unión Europea no se opone “a una normativa de un Estado miembro que impide a una sociedad constituida en virtud del Derecho nacional de ese Estado miembro trasladar su domicilio a otro Estado miembro manteniendo su condición de sociedad regida por el Derecho nacional del Estado miembro con arreglo a cuya legislación fue constituida”.

⁴⁷² SSTJUE de 14 de enero de 1988, asunto 63/86, Comisión/Italia, y de 30 de mayo de 1989, asunto 305/87Comisión/Grecia.

⁴⁷³ SSTJCE de 21 junio 1974, asunto 2/74, Jean Reyners y Bélgica, y de 3 diciembre 1974, asunto 33/74, Van Binsbergen y. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid.

⁴⁷⁴ En cuanto que han de exigencias afectar, exclusivamente, al libre acceso al ejercicio de la actividad económica, no debe existir armonización legal por normas comunitarias que regulen el acceso a una determinada profesión, las restricciones impuestas por el Estado de acogida no deben comportar discriminación, la restricción debe ser una medida objetivamente necesaria, debiendo existir, , “razones imperiosas al interés general” ligadas en el ámbito de la actividad considerada, que justifiquen esas medidas restrictivas siendo objetivamente necesaria la medida para garantizar el respeto a esos “intereses generales” (SSTJCE de 3 diciembre 1974, asunto, 33/74, Van Binsbergen contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, 18 marzo 1980, 52/79, Procureur du Roi contra Debauve, (Coditel I), de 4 diciembre 1986, asunto 205/84, Comisión contra Alemania, de 26 febrero 1991, asunto C-180/89, Comisión contra Italia, de 26 febrero 1991, asunto C-198/89, Comisión contra Grecia, de 25 julio 1991, asunto C-353/89, Comisión contra Países Bajos, de 20 mayo 1992, Claus Ramrath, asunto C-106/91, de 1 febrero 1996, asunto C-177/94, Proceso penal contra G. Perfil, de 23 noviembre 1999, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Arblade & Leloup). Además el interés general no debe hallarse protegido ya por las reglas aplicadas al prestador en el Estado de origen, la medida nacional restrictiva debe ser necesaria, y la restricción impuesta por la medida nacional del Estado receptor debe ser proporcional al objetivo a defender (SSTJCE de 25 julio 1991, asunto C-353/89, Comisión contra Países Bajos, de 23 noviembre 1999, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Arblade & Leloup, de 6 junio 1996, asunto C-101/94, Comisión contra Italia, 15 mayo 1997, asunto C-250/95, Futura Participations y Singer, de 21 octubre 1999, asunto C-67/98, Questore di Verona vs. Diego Zenatti).

⁴⁷⁵ A este respecto el Abogado General Sr. Antonio Tizzano, afirma en las conclusiones 29-30 de las presentadas el 7 de julio de 2005), en el asunto C-411/03 SEVIC Systems Aktiengesellschaft contra Amtsgericht Neuwied, resuelto por STJUE 13 de diciembre de 2005 con cita de las SSTJUE. de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94, Gebhard, de 14 de enero de 1988, asunto 63/86, Comisión/Italia, y de 30 de mayo de 1989, asunto 305/87Comisión/Grecia, SSTJU de 14 de enero de 1988, asunto 63/86, Comisión/Italia, y de 30 de mayo de 1989, asunto 305/87Comisión/Grecia, de 1 de junio de 1999, asunto C-302/97, Konle; de 13 de abril de 2000, asunto C-251/98, Baars, y de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, Überseering que “Como es sabido, a fin de garantizar el pleno disfrute del derecho de establecimiento, entendido como la posibilidad de “participar, de manera estable y continuada, en la vida económica de (otro) Estado miembro” el Tribunal de Justicia ha declarado que las reglas establecidas sobre el derecho de establecimiento se aplican, no sólo a las normas y prácticas nacionales directa y específicamente relacionadas con el ejercicio de la actividad económica de que se trate, sino también a todas las “relativas a las diversas facultades generales útiles para ejercicio de dichas actividades”. Estando comprendidas por tanto en el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento todas las medidas que permiten acceder a otro Estado miembro o ejercer en él actividades económicas, ofreciendo a los interesados la posibilidad de participar en la vida económica del país de manera efectiva y en condiciones idénticas a las de las empresas nacionales, e incluso las medidas que meramente facilitan dicho acceso”.

⁴⁷⁶ SSTJU de 14 de enero de 1988, asunto 63/86, Comisión contra Italia, de 30 de mayo de 1989, asunto 305/87, Comisión contra Grecia, de 1 de junio de 1999, asunto C-302/97, Konle; de 13 de abril de 2000, asunto C-251/98, Baars, y de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, Überseering.

⁴⁷⁷ SSTJUE, de 16 de abril y 21 de mayo de 2015, asuntos C-591/13 y C-657/13, Comisión Europea contra República Federal de Alemania, y Verder LabTec GmbH & Co. KG y Finanzamt Hilden respectivamente; La libertad de establecimiento es “el derecho subjetivo reconocido a los nacionales en los Estados miembros que consiste en el acceso a actividades económicas independientes en el territorio de otros Estados miembros, mediante la fijación de una instalación o sede económica en otro Estado miembro”, indican CALVO CARAVACA. A. J. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op. cit. (*Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea*), p. 71.

⁴⁷⁸ Precisan CALVO CARAVACA. A. J. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea*”, RdS, núm. 28, 20007-1 pp. 63-64. Sobre “las pseudo-foreign corporations o sociedades ficticias”, pp. 65 y 67.

⁴⁷⁹ STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-657/13, Verder LabTec GmbH & Co. KG y Finanzamt Hilden.

⁴⁸⁰ “La referencia a las “agencias, sucursales o filiales” que figura en la normativa de la Unión Europea debe considerarse una mera ilustración, sin carácter exhaustivo, de las diversas formas de establecimiento a las que puede recurrir la sociedad que desarrolle sus actividades en otro Estado miembro. El Tribunal de Justicia ha admitido así la aplicación de las normas sobre libertad de establecimiento en los casos en que la presencia de una sociedad en otro país de la Comunidad no adopte la forma de una sucursal o agencia sino que se ejerza por medio de una simple oficina gestionada por el propio personal de la empresa o de una persona independiente pero apoderada para actuar permanentemente por cuenta de ésta como lo haría una agencia”

Afirma el Abogado General Sr. Antonio Tizzano, en la conclusión 39 de las presentadas el 7 de julio de 2005, en el asunto C-411/03 SEVIC Systems Aktiengesellschaft contra Amtsgericht Neuwied, resuelto por STJUE de 13 de diciembre de 2005, con cita de las SSTJUE de 31 de marzo de 1993, asunto C-19/92, Kraus, de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94 Gebhard, de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, Centros, y 5 de octubre de 2004, asunto C-442/02, Caixa Bank France.

⁴⁸¹ SÁNCHEZ LORENZO, S., “*El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario*”, en Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, v. I, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U, Madrid 2002, p. 459, bien que haciendo referencia al artículo 48 TCE. El texto del artículo 54, antiguo artículo 48 TCE, es el siguiente: “Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”.

⁴⁸² “Para la realización de la libertad de establecimiento no se exige que los Ordenamientos de los Estados miembros tengan un contenido idéntico en lo que se refiere al Derecho de sociedades, sino tan sólo que no se produzca la discriminación de sociedades extranjeras. Pero la tendencia inicial fue ir más allá del principio de no discriminación y paulatinamente desde finales de la década de los años sesenta se fue produciendo una gradual aproximación de las legislaciones nacionales, proceso que se ha visto muy ralentizado desde mediados de los años ochenta. La principal razón de éste procedimiento de armonización societaria y, por tanto, de implantación de un grado creciente de homogeneidad jurídica entre los Estados miembros, en íntima relación con la consecución de la libertad de establecimiento de las personas jurídicas fue hacer frente a la progresiva internacionalización de las relaciones económicas favoreciéndose la cooperación y concentración de empresas”, indica VARGAS VASSEROT, C., “*El derecho de sociedades comunitario ya la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de sociedades*”, RdS núm. 22, 2004-1, p. 308

⁴⁸³ Indica RODAS PAREDES, P. N., op. cit. (*La movilidad societaria y la circulación de capitales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*), p. 112.

⁴⁸⁴ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “*Problemas político jurídicos en la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales*”, en La Reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1987, p. 40.

⁴⁸⁵ “Originariamente la libertad de establecimiento se contemplaba en el ámbito de los principios fundamentales de acción de la Comunidad, en el artículo 3.c) TCEE, que preveía la “supresión entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales”. En la actualidad, después de las reformas de los Tratados, la cuestión, si bien conserva este mismo tratamiento, se conecta a la construcción del mercado interior”, afirman VELASCO SAMPEDRO, L. A., y SÁNCHEZ FELITE, J. M., “*La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE*”, RdS núm. 19, año 2002-2, p. 18.

⁴⁸⁶ VELASCO SAMPEDRO, L. A., y SÁNCHEZ FELITE, J. M., op. cit. (*La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE*), pp. 33-34.

⁴⁸⁷ VELASCO SAMPEDRO, L. A., y SÁNCHEZ FELITE, J. M., op. cit. (*La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE*), p. 18.

⁴⁸⁸ BARNARD, C., “*The substantive law of the EU, the four freedoms*”, (3º ed.), Oxford University Press, Oxford 2010, p. 322; EDWARDS, V., “*EC company law*”, Oxford University Press, Oxford 1999, p. 342.

⁴⁸⁹ KIENINGER, E., M., “*The legal framework of regulatory competition on company mobility: EU and US compared*”, GLEJ. V. 6, núm. 4, p. 749; ROTH, W.-H., “*Fron “Centros” to “Überseering: free movement of companies, private international law, and community law*”, Int&Comp. Law Q., v. 52, pp. 185 ss.; la normativa de la Unión Europea no se limita a prohibir que un Estado miembro impida o restrinja el establecimiento en su territorio de empresas extranjeras, sino que también le prohíbe obstaculizar el establecimiento de empresas nacionales en otro Estado miembro, prohibiendo tanto las restricciones “a la entrada” en el territorio nacional como las restricciones “a la salida” del mismo. (SSTJUE de 31 de marzo de 1993, asunto C-19/92, Kraus, de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94 Gebhard, de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, Centros y 5 de octubre de 2004, asunto C-442/02, Caixa Bank France).

⁴⁹⁰ “En el caso de la libertad de establecimiento primario, esta conlleva por un aparte el ejercicio de la capacidad de una persona física o jurídica nacional de un estado miembro para constituir ex novo un apersona jurídica en otro Estado miembro (libertad de constitución) y, por otra parte, la capacidad de

trasladar esta persona jurídica –constituida de acuerdo con la legislación de un estado miembro– a un Estado miembro distinto de aquel en el que se constituyó. Estos dos aspectos de la libertad de establecimiento primario no han sido regulados de igual forma por los tratados europeos, razón por la cual la jurisprudencia del TJUE ha seguido diversos caminos para desarrollar sus criterios de interpretación, caminos no exentos de polémica”, afirma RODAS PAREDES, P. N., op. cit. (*La movilidad societaria y la circulación de capitales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*), pp. 109-110.

⁴⁹¹ La exigencia de una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro y la exclusión de la vinculación latentes, para las sociedades ficticias es planteada por SÁNCHEZ LORENZO, S., op. cit. (*El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario*), pp.461-463, que afirma la inexistencia de un régimen diferencial si se trata de sociedades ficticias, siempre que no sean no fraudulentas, en pp. 470-475. Con referencia al artículo 48 TCE (ahora artículo 54 TFUE), pp. 458-459, indica lo siguiente: “La génesis de la norma demuestra que la única finalidad de dicho precepto fue establecer el ámbito de aplicación personal de la libertad de establecimiento, aplicada a las personas jurídicas y pro analogía con alas personas físicas. Para éstas últimas, la nacionalidad bastaba como criterio de sujeción o pertenencia al ordenamiento jurídico de los Estados miembros. La “nacionalidad” era un criterio más problemático para las personas jurídicas, cuya propia existencia y, por ende su nacionalidad, dependen de la aplicación de unos Derechos nacionales divididos en cuanto al criterio determinante (“sede social” versus “sede real”). Salomónicamente, se contemplaron todos los criterios vigentes en los sistemas nacionales, con el único fin de precisar la sujeción de la persona jurídica aun sistema jurídico nacional, y así incluirla en la lista de beneficios. Muy pronto se observó que los criterios ordenados alternativamente planteaban el riesgo de atribuir tal condición de beneficiario a sociedades interpuestas o económicamente vinculadas a un tercer Estado. Para evitar el desbordamiento de las barreras exteriores que provocaban los sistemas tributarios de la teoría de la constitución/sede social, se añadieron condiciones adicionales de vinculación efectiva a la economía de un Estado miembro (...). Tal fue la función del artículo 58 TCE (actual artículo 65 TFUE), y tal sigue siendo la fusión del artículo 48 TCE: En efecto en modo alguno el actual artículo 48 TCE es una norma de reconocimiento directo de sociedades, sino una disposición se procede a delimitar, por analogía con las personas físicas, el ámbito de aplicación subjetivo de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en relación con las personas jurídicas”.

⁴⁹² “Cuando, con arreglo al Derecho de un Estado miembro, el domicilio social efectivo de una sociedad válidamente constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro en el que tiene su domicilio estatutario se considera trasladado al primer Estado miembro a raíz de la cesión de todas sus participaciones sociales a personas nacionales del primer Estado que residen en él, las normas que este primer Estado miembro aplica a dicha sociedad no están excluidas, en el estado actual del Derecho comunitario, del ámbito de aplicación de las disposiciones comunitarias relativas a la libertad de establecimiento (...) la adquisición por una o más personas físicas residentes en un Estado miembro de participaciones en una sociedad constituida y establecida en otro Estado miembro está comprendida, cuando tal participación no confiere a dichas personas físicas una influencia real en las decisiones de la sociedad y no les permite determinar sus actividades, en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales. Por el contrario, cuando la adquisición se refiere a todas las participaciones de una sociedad que tiene su domicilio estatutario en otro Estado miembro y tal participación confiere una influencia real en las decisiones de la sociedad y les permite determinar sus actividades, deben aplicarse las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento”, precisa la STJUE de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, *Überseering*. En otro caso “a la sociedad afectada le quedaría únicamente la posibilidad de disolverse y volver a constituirse con arreglo al derecho del Estado de acogida”, se indica en la conclusión 45 de las presentadas el 4 de diciembre de 2001, por el Abogado General Sr. Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer, en el asunto precitado; Según RODAS PAREDES, P. N., op. cit. (*La movilidad societaria y la circulación de capitales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*), p. 116-117, no obstante el tiempo transcurrido y los avances realizados en materia de integración europea, el TJUE mantiene su criterio de remitir a los Estados miembros las cuestiones básicas relativas a las migraciones societarias intraeuropeas, “reiterando el expresamente la validez del principio según el cual las sociedades de derecho interno “solo tienen existencia a través de la legislación nacional que determina su constitución y funcionamiento”, y que corresponde, por tanto,. A estas normas, el prever mecanismos que permitan la movilidad de estas sociedades, de manera que si la normativa societaria interna de un EE.MM., no permite o no prevé mecanismos por los cuales sus sociedades puedan trasladarse a otros EE.MM. ya falta de regulación comunitaria en la materia, el ejercicio de este aspecto de la libertad de establecimiento primario sigue siendo imposible”, bien que apostille que “a pesar de la inmutabilidad de este criterio, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no desperdició la ocasión de señalar, a través de Cartesio, su intencionalidad de hacer extensiva a las limitaciones a la libertad de establecimiento primario, previstas por las legislaciones internas, la doctrina de los requisitos imperativos (...), este criterio, empleado por el TJUE en el caso *Sevic*, viene a significar la aplicación del test de idoneidad de las restricciones previstas por la legislación interna de un estado miembro, al ejercicio de la libertad de

establecimiento primario de una sociedad constituida en otro Estado miembro. Con la particularidad añadida de que la idoneidad de la restricción no se refiere ya a la materia regulada por la norma a examen, sino de la carencia de regulación interna en un determinado aspecto”. La sentencia Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, se dictó el 16 de diciembre de 2008, en el asunto C-216/06, y la sentencia SEVIC Systems AG de 13 de diciembre de 2005, en el asunto C-411/03; SÁNCHEZ LORENZO, S., op. cit. (*El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario*), pp. 465-468, alude a esta cuestión, indicando en p. 465 que “la evicción del fraude es el objeto principal de la adscripción del Derecho comunitario a la teoría “material” de la sede real”.

⁴⁹³ Requisitos de racionalidad imponen esta conclusión como precisa el entonces Abogado General Sr. Antonio Tizzano, en sus conclusiones 25-33 de las presentadas el 7 de julio de 2005, en el asunto C-411/03, SEVIC Systems AG: “25. En efecto, considero ante todo que dicho planteamiento (según el Gobierno alemán y el holandés responden negativamente a si la normativa alemana aplicable respetaba o no los artículos 43 CE, ahora 49 TFUE, y 48 CE, ahora 54 TFUE, porque a su juicio las operaciones de fusión de que se trata no dan lugar a un “establecimiento” a efectos del Tratado) sigue una lógica invertida en el sentido de que convierte una consecuencia de la fusión, es decir, la extinción de la sociedad absorbida, en causa que hace imposible que dicha sociedad (¡todavía no extinguida!) realice la operación y, por tanto, en justificación de la prohibición de inscripción registral que impide precisamente dicha operación. 26. Lo cierto es, en realidad, que durante todo el período que precede a la fusión y hasta la inscripción registral de la misma, ambas sociedades existen y actúan como personas jurídicas plenamente capaces de negociar y acordar la fusión. La extinción de uno de los dos sujetos de derecho sólo tiene lugar al perfeccionarse la fusión y, en particular, al precederse a la inscripción registral de la misma, pero no antes, y buena prueba de ello es el hecho de que, en el caso de que la operación no llegue a perfeccionarse, la sociedad que habría debido ser absorbida continuará existiendo como persona jurídica autónoma. 27. La normativa nacional controvertida penaliza por tanto a unos sujetos de derecho en plena posesión de su capacidad jurídica, que no pueden ejercitar su libertad de establecimiento precisamente a causa de dicha normativa, y sólo de ella. Únicamente una confusión entre causas y efectos puede llevar a intentar justificar la inaplicabilidad de las normas del Tratado a las operaciones de fusión transfronterizas invocando la presunta falta de personalidad jurídica de la sociedad absorbida. (...) 29. Como es sabido, a fin de garantizar el pleno disfrute del derecho de establecimiento, entendido como la posibilidad de “participar, de manera estable y continuada, en la vida económica de (otro) Estado miembro”, el Tribunal de Justicia ha declarado que las reglas establecidas en los artículos 43 CE y 48 CE (hoy en día artículos 49 y 54 TFUE) se aplican, no sólo a las normas y prácticas nacionales directa y específicamente relacionadas con el ejercicio de la actividad económica de que se trate, sino también a todas las “relativas a las diversas facultades generales útiles para ejercicio de dichas actividades”. 30. Están comprendidas por tanto en el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento todas las medidas que permiten acceder a otro Estado miembro o ejercer en él actividades económicas, ofreciendo a los interesados la posibilidad de participar en la vida económica del país de manera efectiva y en condiciones idénticas a las de las empresas nacionales, e incluso las medidas que meramente facilitan dicho acceso. 31. Al formular estos principios, el Tribunal de Justicia se ha remitido casi siempre expresamente al Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, aprobado por el Consejo el 18 de diciembre de 1961, con arreglo al cual constituyen restricciones que deben eliminarse “las disposiciones y prácticas que, con relación solamente a los extranjeros, excluyan, limiten o subordinen a condiciones la facultad de ejercer los derechos normalmente adscritos a una actividad no asalariada”. 1 1 Este Programa ofrece una lista de los elementos que integran dicha “facultad”, únicamente a título de ejemplo, en la que figuran, (...), la facultad de “celebrar contratos” y “de adquirir, explotar o enajenar derechos y bienes muebles o inmuebles”. 32. En síntesis, el derecho de establecimiento no se reduce únicamente al derecho de desplazarse a otro Estado miembro a fin de desarrollar allí las actividades propias, sino que se refiere a todos los aspectos que resulten de algún modo complementarios y funcionales en relación con el desarrollo de dichas actividades y, por lo tanto, en relación con el pleno ejercicio de la libertad consagrada en el Tratado. 33. Pues bien, me parece evidente que esto incluye también la normativa nacional analizada. En efecto, dicha normativa afecta a aspectos de la actividad de las empresas que no son complementarios, sino claramente esenciales, pues impide que éstas celebren determinados negocios jurídicos (las fusiones) y en particular operaciones de adquisición/enajenación o de constitución de nuevas sociedades”.

⁴⁹⁴ STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, SEVIC Systems AG.

⁴⁹⁵ STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, SEVIC Systems AG. El Derecho a “establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro”, está asimismo respaldado por el 15, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Debiendo tomarse en consideración que el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, están entre “los derechos fundamentales garantizados por la Carta que deben ser respetados cuando una normativa nacional esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”, y que “no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la

Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales. La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta”. Aquel precepto de la Carta consagra la libertad de todo ciudadano de la Unión para establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro. Las explicaciones sobre la Carta confirman que el artículo 15, apartado 2, versa sobre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios garantizadas en los artículos 49 TFUE y 56 TFUE. Dado que dichas libertades están recogidas en los Tratados, su alcance e interpretación deben determinarse con arreglo al artículo 52, apartado 2, de la Carta, por consiguiente la observancia del artículo 15, apartado 2, de la Carta está estrechamente vinculada al cumplimiento de los artículos 49 y 56 TFUE (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-390/12, Robert Pfleger, Autoart a.s., Mladen Vucicevic, Maroxx Software GmbH, y Hans-Jörg Zehetner)

⁴⁹⁶ STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, SEVIC Systems AG; FERNÁNEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., op. cit. (*Derecho de los Negocios Internacionales*), pp. 241-242..

⁴⁹⁷ STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, SEVIC Systems AG, precisando. Conforme a la doctrina establecida en las SSTJUE de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, Centros, de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, Überseering, y de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, Inspire Art, que si bien “no cabe excluir que existan razones imperiosas de interés general, como la protección de los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores, así como la preservación de la eficacia de los controles fiscales y de la lealtad de las transacciones comerciales, que, en determinadas circunstancias y respetando ciertos requisitos, puedan justificar una medida que restrinja la libertad de establecimiento (...) es necesario que una medida restrictiva de ese tipo sea apta para garantizar la realización de los objetivos perseguidos y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlos”.

⁴⁹⁸ STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, SEVIC Systems AG.

⁴⁹⁹ VELASCO SANPEDRO, L. A., y SÁNCHEZ FELITE, J. M., op. cit. (*La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE*), p. 20.

⁵⁰⁰ Según PRIETO PÉREZ, E., op. cit. (*La Era de las Finanzas, Mercados Financieros y Globalización*), pp. 12-13, “en la Era de la Industria, la posición dominante en la actividad económica correspondía al sistema productivo, que estaba liderado por los capitanes de empresas, portadores del espíritu de empresa. Las Finanzas eran necesarias y también estaban presentes, e incluso se reconocía que sin ellas no podía existir un sistema económico moderno; sin embargo, su papel no era de liderazgo, considerándose que estaban al servicio de las empresas, de modo que para el sistema productivo la actividad financiera era un sector de servicios como otros muchos. La transformación operada en los últimos veinte años supone la inversión de posiciones. En la Era de las Finanzas, ésta sumen el liderazgo e introducen un nuevo lenguaje, nuevos modelos operativos e imponen sus puntos de vista y valores. El beneficio ya no es necesariamente una consecuencia de una mejor y mayor producción de bienes y servicios, no requiriendo del espíritu de empresa. En la concepción financiera del beneficio, éste aparece como resultado de decisiones financieras (de Inversión y financiación), operaciones financieras y especulativas. El dinero, es considerado como un activo financiero y, como tal, se aprecia su rentabilidad y liquidez”.

⁵⁰¹ Ya la Comisión Europea en el “Libro Blanco. Política de los servicios financieros 2005-2010”, Bruselas, 1.12.2005 COM (2005) 629 final, punto 3.1, afirmaba que “la integración de los mercados financieros europeos se acelera. Aunque algunas actividades minoristas mantendrán su carácter local, las empresas tienden cada vez más a buscar economías de escala a nivel europeo, pese a conservar a menudo una presencia física local: mediante (...), fusiones transfronterizas”.

⁵⁰² STJUE de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98, Verkooijen.

⁵⁰³ SSTJUE de 16 de marzo de 1999, asunto C-222/97, Manfred Trummer-Peter Mayerde, de 5 de marzo de 2002, Hans Reisch (C-515/99), Walter Riedl (C-527/99), Alexander Hacker (C-528/99), Gerhard Eckert (C-529/99), Franz Gstötenbauer (C-530/99), Helmut Hechwarter (C-531/99), Alois Bixner (C-532/99), Geza Aumüller (C-533/99), Berthold Garstenauer (C-534/99 y C-536/99), Robert Eder (C-535/99), Hartmut Ramsauer (C-537/99 y C-538/99), Harald Kronberger (C-539/99), Erich Morianz (C-540/99) y Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg, Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg, y entre Anton Lassacher, Heinz Schäfer (C-519/99), Dertnig GmbH & Co. KG, Heinrich Reutter (C-520/99), Francesco Branka (C-521/99), Neubau GmbH, Baumeister Bogensberger GmbH & Co. KG (C-522/99 y C-526/99), Peter Fidelsberger (C-523/99), GWP Gewerbeparkentwicklung GmbH, Johann Lindner y Emma Lindner (C-524/99), de 23 de febrero de 2006, asunto C-513/03, Herederos de M.E.A. van Hilten-van der Heijden e Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, de 27 de enero de 2009, asunto C-318/07, Hein Persche y Finanzamt Lüdenscheld, de 22 de abril de 2010, Vera

Mattner y Finanzamt Velbert, de 21 de mayo de 2015, asunto C-560/13, Finanzamt Ulm Ingeborg Wagner-Raith, en el que participa: Bundesministerium der Finanzen, y de 17 de septiembre de 2015, asunto C-589/13, F.E. Familienprivatstiftung Eisenstadt, en el que participa Unabhängiger Finanzsenat, Außenstelle Wien.

⁵⁰⁴ Conclusiones 76-77 del Abogado General Sr. Antonio Tizzano, presentadas el 7 de julio de 2005), en el asunto C-411/03 SEVIC Systems Aktiengesellschaft contra Amtsgericht Neuwied, que precisa en conclusión 76 lo siguiente: “En primer lugar, es evidente que las operaciones de fusión, al estar “indisolublemente vinculadas a un movimiento de capitales”, STJUE de 16 de marzo de 1999, Trummor y Mayer, asunto C-222/97, están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 56 CE. Según el punto 1, “Inversiones directas”, de la nomenclatura recogida en el anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado, forman parte de dichas inversiones la “adquisición total de empresas existentes” (número 1) y la “participación en empresas nuevas o existentes para crear o mantener vínculos económicos duraderos” (número 2). Está claro por tanto que las operaciones de fusión constituyen “movimientos de capitales”.

⁵⁰⁵ Efectivamente, “al no existir en el Tratado CE una definición del concepto de “movimientos de capitales” en el sentido del artículo 63 TFUE”, el Tribunal de Justicia, reconoce “valor indicativo a la nomenclatura de los movimientos de capitales que figura en el anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988”. En este sentido, se pronuncian las SSTJUE de 23 de octubre de 2007, asunto C-112/05, Comisión contra Alemania, de 26 de marzo de 2009, asunto C-326/07, Comisión contra Italia, y de 11 de noviembre de 2010, asunto C-543/08, Comisión contra la República Portuguesa, y de 10 de noviembre de 2011, asunto C-212/09, Comisión Europea contra República Portuguesa.

⁵⁰⁶ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado por los representantes de los Estados miembros el 13 de diciembre de 2007, y cuyo proceso de ratificación comenzó en diciembre de 2007 y terminó en noviembre de 2009, entrando en vigor el 1 de diciembre de 2009. A partir del Tratado de Lisboa el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, esta último pasó a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que conjuntamente con Tratado de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea constituyen la base jurídica de la Unión Europea.

⁵⁰⁷ Artículos 64 a 66 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFEU), especialmente destacable a los efectos de esta tesis es el último de los preceptos indicados, según el cual “cuando en circunstancias excepcionales los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos causen, o amenacen causar, dificultades graves para el funcionamiento de la unión económica y monetaria, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Banco Central Europeo, podrá adoptar respecto a terceros países, por un plazo que no sea superior a seis meses, las medidas de salvaguardia estrictamente necesarias”.

⁵⁰⁸ SSTJCE de 24 de junio de 1986, asunto 157/85, Luigi Brugnoni y Roberto Ruffinengo contra Cassa di risparmio di Genova e Imperia, y de 27 de octubre de 2005, asunto C-329/03, Trapeza tis Ellados AE contra Banque Artesia.

⁵⁰⁹ STJUE de 21 de diciembre de 2011, asunto C-271/99, Comisión Europea contra República de Polonia.

7. GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA, GOBERNANZA MUNDIAL Y REGULACIÓN JURÍDICA: UNA ASIMETRÍA FUNDAMENTAL ACTUAL, PERO CORREGIBLE.

En la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, combinación de culturas corporativas y globalización económico-financiera se implican mutuamente, muy especialmente cuando las entidades que se fusionan son cotizadas.

Semejante circunstancia determina que la regulación de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas tenga una regulación normativa compleja, múltiple y señaladamente insuficiente, dada la asimetría fundamental existente entre globalización económico-financiera y gobierno o gobernanza global⁵¹⁰. En este sentido, como ya hemos señalado, no existe una globalización completa a salvo de en el orden económico-financiero. Es decir no existe una correspondencia entre los ámbitos “globalización económica-financiera” y “globalización social y política”⁵¹¹, si bien esta última sí se está intentando producir en ámbitos regionales específicos, como en la Unión Europea⁵¹², produciéndose paulatinamente (y con grandes esfuerzos) un acercamiento en ciertos ámbitos regionales entre los conceptos de globalización económica-financiera y globalización política-social.

7.1. El orden jurídico y el gobierno mundial.

La pretensión de gobernanza global⁵¹³, que tiene como precedentes más inmediatos a la Comunidad Británica de Naciones (Commonwealth) y a la Sociedad de Naciones (Liga de Ginebra)⁵¹⁴, primer intento de organización y primera constitución de la comunidad internacional en sentido formal⁵¹⁵, se requiere de la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”)⁵¹⁶, pero “*la ONU no es un Estado mundial (...) ni un Estado federado mundial*”⁵¹⁷, y su disposición fundamental le impide “*intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados*”⁵¹⁸.

Lo anterior no obsta a la legitimidad⁵¹⁹, importancia y trascendencia de la ONU y de otras organizaciones internacionales así como del trabajo desarrollado por las comisiones de dicha organización entre las que destaca la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), principal órgano jurídico de la ONU en el ámbito del derecho mercantil internacional y que está dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial modernizando y armonizando las reglas del comercio internacional⁵²⁰.

No obstante, la interdependencia económica y financiera global, hace que se pueda afirmar que “el gobierno mundial se está construyendo”, si bien a través de un complejo

entramado de instituciones con múltiples jurisdicciones a diferentes niveles territoriales y con una evidente falta de un adecuado y preciso entramado institucional⁵²¹.

Los acuerdos del G-20⁵²² constituyen hoy en día las decisiones políticas básicas o fundamentales en materia económica y financiera a nivel global, si bien su eficacia reguladora es limitada y se limita, principal pero no exclusivamente, a sus miembros. Sus acuerdos, dada la imprecisa naturaleza de la institución, no producen por sí mismos efectos jurídicos. Únicamente llegan a generarlos de un modo secundario o indirecto. Esto es, de aquellos acuerdos sólo pueden derivarse consecuencias jurídicas si en el cumplimiento de los compromisos político-económicos alcanzados por sus miembros, los Estados aprueban las correspondientes normas jurídicas según las exigencias de sus correspondientes ordenamientos internos, ya sea directamente e inmediatamente o con interposición de los, más o menos complejos, procedimientos de creación de normas por entidades jurídico-políticas regionales, como la Unión Europea⁵²³, que, en su caso, posteriormente los Estados incorporan a sus ordenamientos jurídicos mediando las vías institucionales y jurídicas regionales y nacionales pertinentes⁵²⁴.

Ordinariamente los acuerdos del G-20 se instrumentan mediante decisiones de los organismos dependientes del mismo, que contienen recomendaciones y propuestas de regulación, y a los que se les reconoce una genérica legitimidad para formularlas y adoptarlas en el gobierno de la globalización económica-financiera⁵²⁵. Propuestas normativas y recomendaciones que se dirigen a los Estados, siendo éstos los que han de elaborar las normas jurídicas pertinentes. Esto es, a la postre, se separa el gobierno global de la creación del Derecho⁵²⁶, de la creación directa de normas jurídicas, lo que no impide poder aludir a una generación normativa global indirecta, de manera que a aquellas instituciones debe reconocérseles la condición de fuentes materiales de Derecho global y a sus acuerdos la de fuente formal indirecta o de segundo grado, del Derecho⁵²⁷.

La capacidad normativa aludida evidencia que se está en camino hacia un derecho cosmopolita⁵²⁸ o global pero hoy todavía es necesaria la existencia de un Derecho (societario, en su caso) internacional⁵²⁹ que se caracteriza por una doble circunstancia, diversidad jurídica material y conflictual⁵³⁰. Esta diversidad plantea, a su vez, la cuestión de la validez del Derecho internacional y su primacía-supremacía⁵³¹ sobre los Derechos nacionales o internos⁵³². En todo caso, se genera tensión entre los ordenamientos jurídicos nacionales y los instrumentos internacionales, si bien las soluciones internacionales han estado permitiendo solucionar importantes problemas⁵³³ especialmente en el derecho contractual⁵³⁴ y avanzar hacia un orden jurídico global, lo cual es singularmente relevante en materia de fusiones transfronterizas.

7.2. La emergencia de un orden jurídico cosmopolita. El Soft Law.

Las peculiaridades del gobierno global⁵³⁵ determinan predominios de lenguas⁵³⁶ y culturas y, en paralelo, la emergencia de nuevas formas de crear normas jurídicas, que conviven, en permanente conflicto, con la producción de normas jurídica por los Estados y, en determinados espacios regionales, por entidades supranacionales, como es el caso de la Unión Europea. Históricamente se ha venido afirmando que los ordenamientos jurídicos nacionales y supranacionales, sean o no regionales, integran el orden jurídico internacional o universal, al que, a su vez, están sometidos y en el que se fundan⁵³⁷.

La inevitable, irresistible e irreversible transición de lo local (nacional) a lo mundial, implica una cuestión más, que pone en cuestión la idea misma de “soberanía” y la creencia de que “no existe Derecho al margen de la ley”, el surgimiento del denominado “*Soft Law*”⁵³⁸.

El *Soft Law* en Derecho de sociedades se concreta en informes, programas de trabajo, recomendaciones, códigos de conducta, opiniones de juristas⁵³⁹, etc., constituyendo un desarrollo evolutivo de la “lex mercatoria”, o incluso una peculiar lex mercatoria suplementaria⁵⁴⁰ o adicional. Esas nuevas expresiones normativas, nos acercan a la afirmación de la existencia de un derecho global superador del derecho internacional tradicional. “*Así, la nueva lex mercatoria, la OMC con sus principios, reglas y decisiones o llamado soft law, no sería variaciones sobre los mismos elementos (la vieja lex mercatoria, tratados y normas programáticas), sino parte de un derecho diferente*”⁵⁴¹.

Cuando el *Soft Law* ha sido recogido en códigos de buen gobierno corporativo⁵⁴², o recopilado sistemática y ordenadamente por instituciones o entidades de prestigio en el tráfico mercantil global⁵⁴³ y publicado en forma de usos y reglas uniformes que son actualizados sistemáticamente, los operadores económicos lo aplican habitualmente al tráfico y es de fácil y seguro conocimiento⁵⁴⁴. Lo mismo sucede en relación con los trabajos de instituciones internacionales en la búsqueda de formas de transnacionalidad de entidades con finalidades no económicas y económicas, que han sido importantes, constituyendo un soft law estimable⁵⁴⁵. A éstos también deben añadirse los sucesivos Memorandums de la Comisión Europea sobre concentraciones económicas, fusiones transfronterizas y la creación de una sociedad anónima europea, así como los proyectos preliminares comunitarios sobre una convención sobre fusiones internacionales y de sociedades por acciones, elaborados por comités de expertos (1967 y 1973).

A *sensu contrario*, en los demás supuestos en los que no existe una adecuada recopilación, sistematización y facilitación del conocimiento del *Soft Law*, éste se torna inseguro y ajeno a los operadores económicos.

Puede exponerse sintéticamente la situación actual indicando que:

- (i) Como consecuencia de la mundialización, afrontamos el desarrollo de un *Soft Law* y de mecanismos de solución de diferencias esencialmente

privados, ante todo entre empresas. Pero también, a veces entre empresas y Estados en materia de contratos económicos internacionales;

- (ii) Los contratantes asumen funciones propias del legislador, dentro de los límites de los contratos, pero que exceden de la mera eficacia relativa de la reglamentación de los intereses particulares de las partes. Esto supone que ésta regulación puede a quienes son terceros respecto de los intervinientes en el contrato, pudiendo escoger al juez (normalmente un árbitro que puede administrar justicia);
- (iii) Los valores morales y sociales de una cultura, y mucho menos de un país determinado, ya no tienen cabida en el derecho de referencia ni en el derecho suplementario. Ceden ante los principios más universales de la buena fe y de la cooperación en la ejecución de los contratos que, en principio y según la perspectiva tradicional, solamente interesa a las partes, en una perspectiva más individualista y autónoma.
- (iv) El fondo del problema está en que ha resultado sobrepasada la vigencia histórica de los códigos éticos que han existido, y que han venido estableciendo los valores vigentes socialmente en cada momento histórico, subyacentes a las respectivas normas jurídicas, (de vigencia prácticamente mundial, bien que en un universo de personas y territorios reducido). Éstos ordinariamente se conocen como códigos sianítico, homérico, ateniense, aristotélico y del aquinatens, y burgués, entrándose desde el final de la primera guerra mundial aproximadamente en una etapa de “*pluralidad de códigos éticos*”, lo que está en la raíz de la problemática social y jurídica actual⁵⁴⁶.

En todo caso ha de repararse en que el sistema-mundo está en crisis, que con redundancia se dice que es sistémica⁵⁴⁷, pero la preeminencia de la cultura Europea, basada en el racionalismo, su extensión y asimilación por doquier, justifica que se acuda a sus principales creaciones jurídicas para reordenar o recrear el sistema-mundo. La cultura europea tiene capacidad creadora de normas ajustadas al paradigma científico y, por ello, se ha dicho que “*la Unión europea es la potencia exportadora de normatividad en esta era global. Es una potencia normativa o reguladora global cuyas reglas, con indudables efectos extraterritoriales, contribuyen a la gobernabilidad de la sociedad global*”⁵⁴⁸.

7.3. Lo transfronterizo y lo transnacional.

Las fusiones transfronterizas han venido constituyendo una de las manifestaciones características del proceso de globalización o universalización económica y financiera renacido tras la primera guerra mundial⁵⁴⁹ y han alcanzado niveles sin precedentes a medida que las empresas se fueron consolidando sobre una base global⁵⁵⁰.

Los procesos de fusiones transfronterizas en Europa se aceleraron especialmente con la aprobación del Tratado de Maastricht, que llevó consigo la unión económica y monetaria, además de sus efectos de unión política y la creación de la ciudadanía europea, llegándose a considerar posible el reconocimiento institucional de las fusiones transfronterizas, pero se advirtieron la existencia de graves inconvenientes para poder llevarlas a efecto.

En este sentido, se reconoció que las sociedades de capital de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea tenían “necesidad de cooperación y reagrupamiento”, pero, sin embargo, y en lo que concernía a las fusiones transfronterizas de sociedades, se advirtió que dichas sociedades encontraban en la propia Comunidad “numerosas dificultades a nivel legislativo y administrativo”. A la vista de tales dificultades y con el objeto de “garantizar la realización y el funcionamiento del mercado interior”, se consideró necesario promulgar disposiciones comunitarias con el fin de facilitar la realización de fusiones transfronterizas entre sociedades de capital de distintos tipos que entren en el ámbito de las legislaciones de Estados miembros diferentes”⁵⁵¹.

De esta forma, se concluyó que las legislaciones de los diferentes Estados miembros no debían impedir, sino permitir, la fusión transfronteriza de una sociedad anónima con una sociedad anónima de otro Estado miembro⁵⁵² y, finalmente, se aprobó la Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital⁵⁵³.

Junto a la citada Directiva 2005/56/CE aparecen y han de considerarse como elementos normativos capitales en la fusiones transfronterizas de sociedades anónimas en el ámbito Europeo, el Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), y la Directiva 2001/86/CE, del Consejo, por la que completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

Tomando una referencia global, las fusiones de sociedades anónimas son transfronterizas (*cross-border mergers*) cuando implican a sociedades anónimas con diferentes nacionalidades, correspondientes a los diferentes Estados, como espacios y sujetos con “soberanía”⁵⁵⁴, en que se divide el mundo.

Esta definición alude a “frontera” y a “nación”, a “transfronterizo” y a “transnacional” y obliga a tratar de las correspondencias y relaciones de pertenencia, identidad e igualdad o equivalencia entre dichos términos, así como de otras relaciones. Lo mismo sucede con universidad, globalidad y mundialidad.

Para ello ha de comenzarse por deshacer la relación de igualdad o equivalencia antes indicada entre transnacional y transfronterizo. En este sentido es relevante destacar que el primero tiene un significado difuso, proveniente del mismo término nación⁵⁵⁵ que, además, “no siempre ha significado lo mismo”⁵⁵⁶, y se le debe atribuir un carácter más político

que jurídico, máxime en los tiempos actuales a la vista de los procesos de descomposición de Estados que hemos vivido, sin perjuicio del movimiento globalizador. Estos procesos de descomposición de Estados han supuesto el correlativo surgimiento por doquier de naciones o nacionalidades más o menos vinculadas o desvinculadas a la idea de soberanía, con pretensiones de micro-Estados o para-Estados que reclaman y justifican estas pretensiones en supuestos fundamentos en el principio democrático. No ocurre lo mismo con el término transfronterizo, que carece de la ambigüedad e intensidad política del término transnacional y que puede acotarse o limitarse atendiendo a criterios objetivos.

En todo caso la referencia a “fusión transfronteriza” (mejor que a “fusión transnacional”) tiene fundamento en que la idea de “Nación” es un subproducto tardío de la idea de “Estado”, bien que ambos acaben confundándose en el “Estado nacional”, y en que la idea de nación es complementaria de la idea de Estado⁵⁵⁷. Además la noción de “fusión transfronteriza de sociedades anónimas” se sitúa en la “Modernidad Capitalista”. Efectivamente, “la idea del Estado que surge en Italia a finales del siglo XV coincidirá en el tiempo con la que configura el *“espíritu del capitalismo”* y con los primeros *“escarceos”* de lo que luego va a constituir la gran revolución de la Modernidad, la ciencia físico-natural, la ciencia moderna con su correspondiente desarrollo tecnológico y el capitalismo, desde el mercantil al industrial”⁵⁵⁸.

7.4. La interacción de ordenamientos jurídicos nacionales. Los “pasos de frontera” como principio metódico.

La interacción entre diferentes ordenamientos jurídicos es incontestable y esencial a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, lo que supone la articulación de un macroconcepto (*shelter concept*) o supraconcepto (*oberbegriff*) de “fusión transfronteriza de empresas (sociedades anónimas)”. Este *shelter concept* se insertaría en una gran estructura (organización) jurídica mundial a la que concurren multitud de normativas e instituciones jurídicas, formales e informales, provenientes de diferentes ordenamientos y sistemas jurídicos, siendo preciso establecer el orden de concurrencia y pertinencia de cada ordenamiento y sistema, y de todos ellos en su globalidad.

La concurrencia de todos los ordenamientos y sistemas jurídicos provoca que los aspectos nucleares del Derecho dejen de pivotar sobre el “*multilevel constitutionalism*”, pasando a hacerlo sobre el “constitucionalismo global”⁵⁵⁹. Esta circunstancia tiende a tener correspondencia en las regulaciones de nivel infraconstitucional, con las consecuencias de complementariedad, acumulación y paralelismo, no de exclusión, y, a la postre, de integración de ordenamientos jurídicos.

En esa “marcha global” del Derecho, interfiere la prevalencia y desmesura del positivismo⁵⁶⁰ y post-positivismo jurídicos⁵⁶¹ (normativismo⁵⁶²), con el fundamento de la identificación, especialmente del primero, con la seguridad jurídica y su consiguiente carácter fundamental para el sistema de economía de mercado⁵⁶³, lo que ha tenido como

consecuencia metodológica que el objeto de estudio y conocimiento del Derecho se centre con práctica exclusividad, en la ley⁵⁶⁴.

El impacto del positivismo y el normativismo nos lleva a tener que fundamentar la argumentación en “normas” jurídicas (“razones para actuar”⁵⁶⁵). Esto supone, para el caso de las fusiones transfronterizas, dada su “internacionalidad”, un impacto expansivo, debido a la confluencia de una multitud de sistemas y ordenamientos jurídicos en la operación. Eso se debe a que la fusión transfronteriza de sociedades anónimas se encuadra en el “comercio”, cuya fuerza socializadora constituía para Kant la segunda tendencia natural hacia un cambio en el orden internacional (la primera era la extensión de la democracia y la tercera era la existencia de una opinión pública mundial y su capacidad para impulsar el cosmopolitismo), desde el “secuestro del Derecho por el Estado”⁵⁶⁶ hacia un “derecho universal”.

La expresión “pasos de frontera”, resulta especialmente evocadora y útil. Con ella se hace referencia, por una parte, como en su original acepción⁵⁶⁷ y sin necesidad de descontextualizarla, en sentido metafórico a la necesidad del trasiego permanente y continuado entre Filosofía de Derecho y los Derechos(s) positivo(s), y, por otra parte en un sentido real, a la necesidad de tratar sobre los diversos ordenamientos, estatales o regionales, no focalizando las cuestiones jurídicas solamente sobre uno de ellos. En esa consideración debe ser tomado como “principio metódico”. Haciendo referencia, por lo de ahora únicamente al sentido real de aquella expresión, el contraste de las normas más relevantes de diferentes ordenamientos o conjuntos de ordenamientos jurídicos, desde la perspectiva de su implantación y utilización en el tráfico, generan conceptos jurídicos y normas más racionales, constituyendo un auténtico “paso de frontera”, encaminado al conocimiento y encuentro del Derecho.

7.5. Las normas ejemplares en materia de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y su utilización para abordar su estudio.

La realidad jurídica mundial actual y la existencia de un orden jurídico cosmopolita que vincule a los individuos es hoy una aspiración más que una realidad.

La inexistencia de un orden jurídico mundial y la imposibilidad de tomar en consideración todas las normas nacionales existentes⁵⁶⁸, por singulares que nos parezcan, en torno al fenómeno de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas o empresas semejantes y asimilables a sociedades anónimas, así como la inutilidad de pretender obtener cualquier inferencia de semejante marasmo normativo, obliga a buscar otro criterio en la actuación investigadora que pretenda llegar a resultados útiles con la finalidad primordial de no quedarse en un mero relato, inabarcable e inseguro, de diferentes normas. Son razones pragmáticas, por una parte, y de sólida fundamentación en la teoría empiriocrítica del Derecho las que fundamentan la solución que proponemos.

Esta solución consiste en tomar como referente aquellas normas que han servido como modelo, voluntario o necesario, para las regulaciones de los países desarrollados, y que efectivamente han tenido semejante carácter de modelo para abordar el estudio de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Actuándose mediante ellas, a modo de un “Programa Langlands” que pudiera servir de “teoría de la gran unificación” del derecho de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, tejiendo una telaraña de conexiones entre aquellos sistemas y conjuntos normativos, con fundamento en una reinterpretación del principio de simetría⁵⁶⁹.

Efectivamente, entre tales conjuntos normativos se puede constatar una evidente semejanza, práctica identidad de contenidos regulatorios, más allá de diferencias semánticas, lo cual a la postre no es sorprendente si se tiene en cuenta que se asientan en, regulan a y obedecen al mismo sistema económico, el de economía de mercado o capitalista, ya global.

Las normas que se deben y pueden utilizarse como tales elementos o referentes normativos y reguladores (formalismo moderado⁵⁷⁰) de los sistemas aludidos, son la norteamericana Model Business Corporation Act de 1946, bien que no sería hasta 1950 en que la American Bar Association la formularía como un código uniforme⁵⁷¹, y la europea Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, que se constituyen como “contextos de producción” (normativa modelo o primaria), frente a las regulaciones estatales que se constituyen en “contextos de recepción” (normativa de aplicación y desarrollo).

Las razones pragmáticas que fundamentan semejante solución ya han sido expuestas. La fundamentación en *ius filosófica*, se encuentra en la teoría empiriocrítica del Derecho (posiblemente la explicación más convincente del “Derecho global”), de la cual se puede obtener la siguiente explicación⁵⁷²: Entre aquellos ordenamientos, se da una “*sustancial constancia de líneas estructurales que, por encima de nimias variaciones periféricas, induce a pensar en configuraciones uniformes*”, que además “*se reiteran en el tiempo y en el espacio*”, de tal modo que basta con contemplar su recepción y repetición en prácticamente la totalidad de los ordenamientos jurídicos, que asimismo se corresponden, a la altura del siglo XXI, tanto en la economía global como en las economías estatales o nacionales con el sistema de economía de mercado. Ese fenómeno es obediente a la idea de que “donde no hay una diferencia discernible, la coherencia lógica impone la igualdad de trato” normativo. Aquellas legislaciones operan, por tanto, como “el módulo de igualdad (regla)” frente a la “diversidad (excepción)”.

7.5.1. Referencia a la Model Business Corporation Act.

La Model Business Corporation Act, además de en los Estados Unidos de América⁵⁷³, ha tenido influencia determinante en multitud de países de diferentes culturas y tradiciones jurídicas, por mor en buena medida del poderío y liderazgo mundial de la economía norteamericana y del imperio global del sistema de economía de mercado o capitalista⁵⁷⁴, que aquella ha llegado a liderar.

Estas circunstancias han llevado al consecuente predominio del sistema regulador o normativo, y obligando a su necesario “hermanamiento” o seguimiento, a otros Estados *so pena* de la exclusión del desarrollo económico, sino de otras graves consecuencias, tanto para los Estados en cuanto a tales como para sus nacionales y empresas.

La MBCA es “norma modelo”⁵⁷⁵, resultado de una comisión “ad hoc”, la National Conference of Commissioners on Uniform State Law⁵⁷⁶, obedece a un sistema básicamente dispositivo (sistema de-regulation y de default rules) y si bien es susceptible de ser aplicado a multitud de empresas, con independencia de su dimensión, es proclive a la gran empresa, protagonista principal del capitalismo o sistema de economía de mercado global y transfronterizo moderno. Ciertamente “en los Estados Unidos el Derecho sustantivo de sociedades anónimas es un derecho de rango estatal”, y, no obstante la progresiva aproximación de las diferentes leyes estatales acontecida a lo largo del siglo XX, ésta se ha consolidado con la elaboración de la Model Business Corporation Act⁵⁷⁷.

La preeminencia del principio de autonomía privada en las *business corporations* o *stock corporations* determina que las leyes reguladoras surgidas en seguimiento y aplicación de la Model Business Corporation Act tengan carácter eminentemente supletorio respecto de las reglas estatutarias de las que se dota cada *corporation*. Pero semejante circunstancia no quita un ápice de valor a su carácter ejemplar que se acrecienta por ser reflejo del sistema de *common law*, todo ello sin hacer cuestión de la separación entre los sectores en el Derecho de sociedades norteamericano entre los denominados *Corporation law* y *Securities regulation*, con el predominio de normas dispositivas en el primero e imperativas en el segundo.

Los diferentes niveles normativos en el Derecho de sociedades norteamericano es consecuente con su carácter de unión federal con “gobierno dual”, siendo su norma fundamental una Constitución federal, “*este carácter implica el problema de deslindar las funciones de la Unión y las de los Estados miembros. La Constitución americana lo zanjó muy simplemente definiendo en el artículo 1º, la fusión normativa e impositiva de la Unión, con la enumeración taxativa y la indicación de algunas limitaciones que alcanzan en cada caso a la Unión y a los Estados. En todo caso, el sistema entraña un doble plano constitucional: la Constitución de la Unión y las Constituciones de los Estados; y una doble acción de gobierno: el gobierno de la Unión y el gobierno de los Estados*”⁵⁷⁸. Las competencias los Estados en el ámbito mercantil determina la existencia de diferentes *Corporations Laws*, matizadamente distintas, reguladoras de los aspectos organizativos y funcionales de las sociedades mercantiles, lo que no ha sido obstáculo para la existencia de normas jurídicas únicas para toda la Unión en materia de mercados financieros, aplicándose

a las sociedades cuyos valores se pretendan distribuir públicamente, incluyendo la regulación de la emisión y transmisión de esos valores, la administración de la sociedad e informaciones a los accionistas etc., y otras instituciones también únicas⁵⁷⁹.

Cabe precisar que fue la existencia de una pluralidad de regulaciones Estatales, impeditiva de que pudiera aludirse a un ordenamiento jurídico positivo de sociedades norteamericano único, lo que llevó al Comité de Derecho de Sociedades de la American Bar Association a proponer regulaciones normativas armonizadas aprobándose en 1946 la Model Business Corporation Act⁵⁸⁰, que se erigió de esa manera como la Ley Modelo, y modélica, especialmente tras su revisión en 1984.

A esta Ley Modelo se le puede atribuir carácter normativo básico según las nuevas concepciones sobre el Derecho⁵⁸¹, para las sociedades por acciones, sobre los aspectos más significativos y relevantes de las business corporations, regulando las fusiones en su *Chapter 11. "Merger and share exchanges" (11.01 Definitions; 11.02 Merger; 11.03 Share Exchange; 11.04 Action on a Plan of Merger or Share Exchange; 11.05 Merger Between Parent and Subsidiary or Between Subsidiaries; 11.06 Articles of Merger or Share Exchange; 11.07 Effect of Merger or Share Exchange; 11.08 Abandonment of a Merger or Share Exchange)*, constituyéndose así en el paradigma norteamericano de las fusiones de sus sociedades por acciones.

7.5.2. Alusión a la Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, y a la adaptación a la misma de nuestro ordenamiento nacional o interno.

La Directiva 2005/56 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, supuso un hito normativo en materia de fusiones transfronterizas⁵⁸², tras una etapa importante de fusiones entre sociedades europeas⁵⁸³, con de la operabilidad de la “condición de la compatibilidad de las legislaciones nacionales”⁵⁸⁴.

A su vez, la adaptación del derecho nacional o interno español a esa Directiva se efectuó mediante la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles de tal forma que establece un marco favorable a las fusiones transfronterizas. Con anterioridad a dicha norma es cierto que se podían (y de hecho se llevaron) a cabo fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, si bien en marco de mayor complejidad e inseguridad dada la falta de un referente normativo adecuado.

7.5.2.1. La Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

La Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital⁵⁸⁵ (en adelante, la “**Directiva de Fusiones Transfronterizas**”), es la norma ejemplar europea que se ha considerado al objeto del presente estudio investigador. Dicha norma puede catalogarse como una norma de mínimos que combina normas de conflicto y normas materiales⁵⁸⁶, reúne las exigencias de expansividad y concomitancia exigibles, para servir como referente normativo, habiendo sido severamente criticado⁵⁸⁷ la limitación de su alcance a los Estados miembros de la Unión Europea⁵⁸⁸.

El carácter ejemplar, a los efectos de presente Tesis, de la Directiva 2005/56, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, no se ve desvirtuado por las acotaciones relativas su ámbito de aplicación⁵⁸⁹, puesto que incluye a las sociedades anónimas. El ámbito de aplicación de la Directiva de Fusiones Transfronterizas es el de las “*sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio social, su centro de efectiva administración o su principal establecimiento dentro de la Comunidad, si al menos dos de ellas están sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes*”. A estos efectos por “sociedad de capital”, deben entenderse las mencionadas en el artículo 1 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, y que desde luego incluye a las sociedades anónimas, así como a cualquier otra sociedad con capital social que goce de personalidad jurídica, que posea un patrimonio separado que responda por sí solo de las deudas de la sociedad y sujeta por su legislación nacional a condiciones de garantías tales como las previstas por aquella Directiva para proteger los intereses de socios y terceros. Su carácter orientador y ejemplar tampoco se desvirtúa por el hecho de que, a los objetos del presente estudio y por motivos de utilidad práctica, se considere la participación en la fusión de una sociedad anónima española o la posibilidad de que la sociedad resultante de la fusión tenga nacionalidad española.

A los efectos del presente estudio hemos asumido que las sociedades anónimas participantes en la fusión transfronteriza objeto de estudio pueden fusionarse con arreglo a su legislación nacional así como que cumplen con las disposiciones y trámites de la legislación nacional a la que estén sujetas, sin perjuicio de que las disposiciones legislativas nacionales aplicables permitan a sus autoridades nacionales oponerse a la fusión por motivos de interés público, o que si pudieran hacerlo no ejercitasen esa facultad, salvo los supuestos de concentraciones económicas, por tratarse de una cuestión estructural del sistema mismo de economía de mercado. No se consideran consiguientemente aquellas fusiones transfronterizas de sociedades anónimas en las que no participe una sociedad anónima española, incluso aunque la nueva sociedad, en el supuesto de fusión mediante la constitución de una nueva sociedad, tuviese finalmente nacionalidad española. Se presupone también que la nueva sociedad resultante de la fusión o la sociedad absorbente es una sociedad anónima⁵⁹⁰.

La Directiva de Fusiones Transfronterizas, ha tenido un largo y complejo iter legislativo⁵⁹¹, cuyos momentos más relevantes pueden situarse en: (i) el Proyecto de Tratado sobre la fusión internacional de sociedades por acciones de 1973; (ii) la propuesta de Directiva en relación con las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, de 1985; y (iii) la propuesta de Directiva sobre fusiones transfronterizas de sociedades de capitales de 2003.

Con fundamento en el artículo 220, apartado 3⁵⁹², del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE)⁵⁹³ se propuso el Proyecto de Tratado sobre la fusión internacional de sociedades por acciones, encomendándose su elaboración a un grupo de expertos y representantes gubernamentales, bajo la presidencia de Beerthold Goldman⁵⁹⁴, que inició su trabajo en 1965⁵⁹⁵, concluyéndose un primer borrador en 1972⁵⁹⁶ y publicándose, en 1973, por la Comisión bajo el título antes indicado (Proyecto de Tratado sobre la fusión internacional de sociedades por acciones⁵⁹⁷, finalmente abandonado). Aquel proyecto, atendiendo a su propio título, se refería únicamente a sociedades anónimas considerando sólo los dos tipos de fusiones, fusión por absorción (capítulo II, que tenía el carácter de principal, en cuanto a que el segundo tipo se remitía a ésta a efectos de procedimiento) y fusión por constitución de una nueva sociedad (Capítulo III), conteniendo normas sustantivas, en base al carácter internacional o transfronterizo de las fusiones reguladas, normas de conflicto, que se remitían a *lex societatis* aplicable en base a ley personal aplicable a las sociedades anónimas participante en cada fusión, y normas de control de legalidad previo, judicial o administrativo, que podían considerarse procedimentales (artículos 23 y ss.). El citado Proyecto de Tratado constituyó un punto de partida muy estimable para la regulación de las fusiones transfronterizas. En este sentido el principal aspecto problemático fue el de la participación o implicación de los trabajadores en el gobierno de las sociedades anónimas participantes y resultantes de la fusión (abordado en el Capítulo II, sección 5). Los aspectos fiscales también eran considerados, bien que básicamente mediante un compromiso de regulación futura.

El 14 de diciembre de 1984 la Comisión adoptó una propuesta de décima Directiva del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas⁵⁹⁸. El Parlamento Europeo examinó esta propuesta en varias comisiones, entre ellas la Comisión Jurídica, que aprobó su Informe el 21 de octubre de 1987⁵⁹⁹. Sin embargo, el dictamen del Parlamento Europeo no se emitió como consecuencia de las dificultades planteadas por el problema de la participación de los trabajadores en los órganos de decisión de la empresa, generándose una situación de bloqueo que se mantuvo durante más de quince años, habiéndose retirado consecuentemente todas las propuestas pendientes en materia de fusiones internacionales o transfronterizas.

La Comisión retiró aquella primera propuesta de décima Directiva con la intención de presentar una nueva propuesta basada en la evolución de la legislación comunitaria en materia de participación de los trabajadores en la gobernanza empresarial. Dado que el 8 de octubre de 2001 se alcanzó una solución para la Sociedad Anónima Europea (SE), se reanudaron los trabajos de preparación de una nueva propuesta de Directiva sobre las

fusiones transfronterizas de sociedades, que tenía en cuenta: (i) las soluciones y acuerdos alcanzados respecto de la SE; y (ii) los pronunciamientos sobre los principios de la propuesta de Directiva, efectuados tanto en el marco de la consulta realizada por el Grupo de Alto Nivel de Peritos en Derecho de Sociedades como en el de la Consulta sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 21 de mayo de 2003 sobre la Modernización del Derecho de Sociedades y el Refuerzo de la Gobernanza Empresarial.

Esta propuesta de Directiva se diferenciaba esencialmente de la propuesta inicial de 1984, en los siguientes extremos:

- (i) su ámbito de aplicación se extendía a todas las sociedades de capitales que, según una concepción unánime en los Estados miembros, se caracterizaban por el hecho de gozar de personalidad jurídica independiente y por tener un patrimonio social independiente que respondía por sí solo de las deudas de la sociedad, dirigiéndose principalmente a las empresas que no estaban interesadas por la creación de una SE y, en particular, a las pequeñas y medianas empresas;
- (ii) se toma en consideración los principios y soluciones del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)⁶⁰⁰ y de la Directiva 2001/86/CE del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores⁶⁰¹, en lo que se refería a la participación de los trabajadores en los órganos de decisión de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad resultante de la fusión transfronteriza.

El principio básico que regulaba el procedimiento de fusión transfronteriza en aquella propuesta de Directiva era la existencia de una fusión, a menos que la Directiva dispusiera lo contrario por la naturaleza transfronteriza de la operación. De esta forma, las sociedades que se fusionaban se regían, en cada Estado, miembro por los principios y modalidades que regulaban las fusiones entre sociedades sujetas exclusivamente a la legislación de este Estado miembro (fusiones internas).

Su objetivo era aproximar el procedimiento de fusión transfronteriza a los procedimientos de fusión internos, conocidos y practicados por los operadores económicos. No obstante, y a fin de tener en cuenta los aspectos transfronterizos, al principio de la aplicación de la legislación nacional se integraban, en la estricta medida de lo necesario, disposiciones inspiradas en principios y disposiciones pertinentes ya establecidos para la constitución de una SE, *mutatis mutandis*, incluso en la perspectiva de una coordinación del Derecho de Sociedades en virtud de la letra g) del apartado 2 del artículo 44 CE, que era el pertinente para la propuesta de Directiva.

Los intereses de los acreedores, de los obligacionistas, de los tenedores de títulos distintos de las acciones, de los socios minoritarios y de los trabajadores en lo referente a los derechos distintos de los de participación en la sociedad, con respecto a cada una de las sociedades que se fusionaban y a las sociedades resultantes de una fusión transfronteriza, se consideraban suficientemente protegidos según la respectiva legislación nacional.

La propuesta de Directiva se inscribía en el marco del Plan de Acción para los Servicios Financieros y de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la modernización del Derecho de sociedades y sobre el refuerzo de la gobernanza empresarial, de 21 de mayo de 2003, mediante el que se pretendía colmar la importante laguna, existente en materia de Derecho de sociedades, consistente en facilitar las fusiones transfronterizas de sociedades mercantiles o comerciales sin que las legislaciones nacionales a las que estaban sujetas, en general las del lugar de su sede principal, pudiesen impedir las.

En aquel momento, dado el estado del Derecho Comunitario, las fusiones transfronterizas, aún en el seno de la Unión, sólo eran posibles cuando las sociedades que se querían fusionar estaban establecidas en determinados Estados miembros, pues respecto de otros Estados miembros, las diferencias entre las legislaciones nacionales aplicables a cada una de las sociedades que pretendían fusionarse eran tales, que las sociedades, en el caso en que fueran factible la fusión, se veían obligadas a recurrir a montajes jurídicos complicados y costosos, pues implicaban generalmente la liquidación de las sociedades absorbidas, todo lo cual hacía a menudo que la operación fuese delicada, falta de transparencia razonable, y huérfana de la seguridad jurídica necesaria. De esta forma, la heterogeneidad de sistemas existentes en la Unión Europea determinó la existencia de dos bloques normativos, sin perjuicio de posiciones intermedias, que posibilitaban⁶⁰² o impedían⁶⁰³ las fusiones transfronterizas.

En perjuicio de las dificultades y complejidades mencionadas, existía una clara conciencia de que las necesidades de cooperación entre sociedades de Estados miembros diferentes eran cada vez mayores. Así las empresas de la Comunidad, y muy especialmente la Unión de Confederaciones de la Industria y de Organizaciones Empresariales de Europa (UNICE), habían requerido reiteradamente la aprobación de un instrumento jurídico comunitario que pudiese responder a sus necesidades de cooperación y reagrupación entre sociedades de Estados miembros diferentes, permitiéndoles realizar fusiones transfronterizas. La propuesta obedecía pues a la creencia de que, a la altura de aquellos tiempos, era necesario dotar a todas las empresas, ya estuviesen organizadas en forma de sociedad anónima o de otro tipo de sociedad de capitales, de un instrumento jurídico adecuado que les permitiese realizar fusiones transfronterizas en las mejores condiciones. Se trataba, por tanto, de reducir los costes de este tipo de operaciones velando al mismo tiempo por garantizar la seguridad jurídica indispensable y permitiendo que se beneficiasen de ello el mayor número de empresas posible, máxime, se afirmaba, porque estas operaciones podrían beneficiar muy especialmente a las pequeñas y medianas empresas

para las que el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea no ofrecía una respuesta satisfactoria.

Finalmente se aprobó la Directiva 2005/56, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, que se convirtió en la norma supranacional más relevante⁶⁰⁴ relativa a fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y ejemplo de “pluralismo jurídico”, al establecer el mejor sistema de coexistencia y reconocimiento de normas internacionales y nacionales⁶⁰⁵ posible⁶⁰⁶.

La Directiva de Fusiones Transfronterizas, conjuntamente con el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)⁶⁰⁷, constituyen el conjunto las normas internacionales más importante en materia de fusiones de sociedades (anónimas) sujetas a diferentes leyes personales, ordenamientos o jurisdicciones⁶⁰⁸. La “SE se incardina dentro del fenómeno de las reestructuraciones societarias de carácter transnacional, como un instrumento incuestionable en la actualidad”⁶⁰⁹.

No obstante, entre aquellas dos normas de la Unión Europea, la Directiva de Fusiones Transfronterizas, asume un protagonismo especial al devenir en una especie de derecho común internacional aplicable a las fusiones de sociedades de capital, por más que su ámbito de aplicación este limitado a Europa. El Reglamento (CE) núm. 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), ocupa el lugar de norma especial frente al carácter de norma general de la Directiva 2005/56, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, lo cual no impide que éste último también haya de tomarse en especial consideración. Puede aludirse a la existencia entre ambas normas como fenómenos obedientes a diferentes planteamientos de política legislativa, pero también cabe afirmar que ambas se identifican en una relación de norma general-norma especial.

La incorporación de la Directiva de Fusiones Transfronterizas a las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea⁶¹⁰, por una parte ha determinado que asuma la función de marco interpretativo de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, al menos en Europa, y, por otra parte, que las legislaciones nacionales europeas han superado las limitaciones relativas a su ámbito de aplicación⁶¹¹. Tomar como referencia normativa en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas el Derecho de la Unión Europea, tiene un sólido fundamento de seguridad jurídica, dada la tardanza, dispersión y equivocidad en la regulación de las fusiones transfronterizas en los diferentes ordenamientos⁶¹².

7.5.2.2 La adaptación de nuestro Derecho nacional interno a la Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

La adaptación del derecho nacional o interno español a la Directiva de Fusiones Transfronterizas se efectuó mediante la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles⁶¹³ (la “**Ley de Modificaciones Estructurales**” o “**LME**”) siendo el resultado su “contaminación” por aquella Directiva⁶¹⁴, de tal manera que las soluciones que incorpora se proponen establecer un marco favorable a las fusiones transfronterizas⁶¹⁵. Esta regulación prepara nuestro sistema jurídico “*para el creciente proceso de internacionalización de los operadores económicos*”⁶¹⁶.

No es que con anterioridad a la Ley de Modificaciones Estructurales no se pudieran llevar a cabo las fusiones transfronterizas, es que estas se efectuaban en un marco extremadamente complejo⁶¹⁷.

La Ley de Modificaciones Estructurales en sus artículos 27 (norma de colisión), 55 (régimen jurídico aplicable -a las fusiones transfronterizas intracomunitarias), y 58, (límites a la aplicación del derecho extranjero por razones de orden público económico)⁶¹⁸, diferencia los supuestos transfronterizos en: (i) los que intervienen una o más sociedades españolas y una o más sociedades de Estados miembros perteneciente la Unión Europea; y (ii) aquellos en los que las sociedades extranjeras que intervienen en la fusión no son nacionales de ningún Estado miembro de la Unión Europea, a salvo de las españolas intervinientes en el proceso-. En el primer supuesto, la fusión se regirá por lo dispuesto en aquella ley (capítulo II, arts. 54 a 67, en los que se efectúa una remisión al régimen general de la fusión) y, en el segundo supuesto, hay remisión a las leyes personales correspondientes (artículo 27.2⁶¹⁹), con lo que se produce una mayor y compleja internacionalización⁶²⁰.

La Ley de Modificaciones Estructurales “*distingue tres niveles de regulación, según cabe deducir de su art. 27: Primero, diferencia el régimen jurídico aplicable a las fusiones internas y a las fusiones transfronterizas. Segundo, dentro de estas últimas fusiones transfronterizas, distingue dos tipos de fusiones: las extracomunitarias y las intracomunitarias. Tercero, dentro de éstas últimas fusiones transfronterizas intracomunitarias en sentido amplio, distingue entre las que dan origen a una sociedad supranacional, como la SE, y las que dan origen a una sociedad doméstica, cuyo régimen se desarrolla en el capítulo II del Título II de la LME, que ha incorporado la Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas*”⁶²¹.

La LME amplía el marco de actuación previsto por la Directiva de Fusiones Transfronterizas a las fusiones transfronterizas extracomunitarias, bien que no separándose de los criterios establecidos en la citada norma, al indicar, en su artículo 27.2⁶²² que “*la fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se regirá por lo establecido en las respectivas leyes personales, sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo II sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, en su caso, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas*”. Esa referencia “*sin perjuicio*”

no resulta excluyente, tampoco inclusiva, pero muestra una disposición legislativa favorable a su aplicación integradora mediante “analogía legis” o “analogía iuris imperfecta”⁶²³.

Asimismo, puede inferirse que en la propia LME existe una llamada indirecta a la aplicabilidad, al menos vía interpretativa, de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, a las fusiones transfronterizas no comunitarias. Con ello se eluden los supuestos irresolubles que se producen por la mera acumulación de jurisdicciones y la aplicación “distributiva” o “cumulativa” de las leyes personales de las sociedades anónimas participantes en la fusión, obligando a adaptaciones interpretativas, más o menos discutibles, en cada caso⁶²⁴. Esta opción legislativa puede llegar a hacer extremadamente difícil la fusión transfronteriza de sociedades anónimas cuando los ordenamientos jurídicos a aplicar carezcan de una mínima homogeneidad⁶²⁵. Ciertamente, la previsión contenida en el artículo 27.2 LME *“implica que para que sea factible la fusión es necesaria una cierta homogeneidad entre las regulaciones: Por una parte, sólo será posible si existe un concepto común de la modificación estructural que se quiere realizar (por lo que) será necesario en caso de fusión que se reconozca a la misma con las mismas características fundamentales (...). Por otra parte sólo será posible si la fusión transfronteriza se admite por las leyes nacionales de todas las sociedades involucradas”*⁶²⁶, lo cual generalmente ocurre⁶²⁷. Pudiéndose además concluir que respecto de las fusiones transfronterizas extracomunitarias, aquella Directiva mantiene todo su valor de regulación más que indicativa, a través de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, que están obligados a adaptar sus ordenamientos internos al contenido de la misma. Efectivamente, aunque la Directiva 2005/56 no sea directamente aplicable, indudablemente la regulación de la fusión intracomunitaria servirá de guía para esta operación, sobre todo en cuanto al régimen procedimental y de coordinación de registros”⁶²⁸.

Los elementos comunes de los artículos 27 y 55 de la LME y la Directiva de Fusiones Transfronterizas, en relación con las sociedades anónimas, son esenciales. Hay igualdad material y no ofrecen dudas, se trata de la apelación a las leyes personales -que para las sociedades anónimas españolas es la propia LME-, lo que permite la aplicabilidad de ambas normas a toda clase de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, comunitarias y extracomunitarias, si se dan los presupuestos antes indicados⁶²⁹.

La inatacabilidad de las fusiones transfronterizas intracomunitarias previsto en el artículo 54 del Proyecto de Ley de la LME, conforme a lo previsto en el artículo 17 de la Directiva 2005/56, acabó extendiéndose a todo tipo de fusiones inscritas, bien que con ciertas limitaciones intrínsecas, como el que la fusión se hubiera producido conforme a lo previsto en la propia LME (*“ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley”*, artículo 47.1). Igualmente, se *“limita la impugnabilidad de los acuerdos de fusión a las causas de nulidad por contradicción con Ley, mientras que impide (...) la impugnación de los acuerdos de fusión por causas de anulabilidad, consistentes en la contradicción con los estatutos o la lesión de los intereses sociales, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros (...). En todo caso, procede hacer constar que esta solución de extender a todo tipo de fusiones la inatacabilidad que predica la Directiva 2005/56 (...), no ha sido acogida en las leyes de los Estados comunitarios de nuestro entorno, que la circunscriben a este tipo particular de fusiones armonizadas por aquella Directiva”*⁶³⁰.

⁵¹⁰ CAZORLA PRIETO, L. M., “*El gobierno de la globalización financiera: Una aproximación jurídica*”, discurso leído el día 15 de diciembre de 2010 en el acto de su recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2010, p. 26.

⁵¹¹ TODD, E., “*Después de la democracia*”, Ediciones Akal, S. A., Madrid 2010, p. 215.

⁵¹² “Más que la nueva construcción de estados, lo que se ha ido extendiendo por todo el mundo duran el período más reciente es la integración regional en áreas de tamaño muy grande para el desarrollo económico, la seguridad y la cooperación política. El caso más relevante es, por supuesto, la construcción de la Unión Europea, que ha llegado convertirse en un miembro permanente y regular de las principales instituciones mundiales, como el Grupo de los Ocho y el Grupo de los Veinte. Otras experiencias en diferentes etapas de desarrollo incluyen la Organización de Estados Americanos y la Unión de Naciones Sudamericanas, la Unión Africana o la Liga de los Estados Árabes. Paralelamente existen acuerdos más limitados pero robustos”, afirma COLOMER, J. M., op. cit. (*El gobierno mundial de los expertos*), p. 22.

⁵¹³ Los expertos sustituyen a los políticos en la gobernanza mundial, afirma COLOMER, J. M., op. cit. (*El gobierno mundial de los expertos*), pp. 10-20 y 204; “Las causas de la confusión entre Estado y Gobierno son, principalmente, cuatro: la persistencia de la imagen de la Polis griega -de la Ciudad como expresión simbólica de lo Político-, la ambigüedad de la palabra Estado, el contractualismo y el concepto de soberanía”, precisa NEGRO, D., “*Gobierno y Estado*”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona 202, p. 13.

⁵¹⁴ “Ninguno de los dos organismos tiene verdadero carácter internacional en sentido propio del término, es decir, en cuanto expresión de anhelos y sentimientos e intereses de raigambre común y superior a los particularismos estatales, esto carecen de aquel espíritu, no confinado en fronteras políticas (...). En un apalabra, son a lo sumo organismos interestatales”, afirma PÉREZ SERRANO, N., “*Tratado de Derecho Político*”, Segunda edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1984, p. 239.

⁵¹⁵ VERDROSS, A., “*Derecho internacional público*”, Aguilar, S. A., de Ediciones, Madrid 1967, pp. 42-45 y 427.

⁵¹⁶ “Nunca como hoy, con el transfondo de los procesos de la globalización, parece tan lejana la construcción de un orden jurídico mundial fundado en la igualdad entre los Estados y, sobre todo, entre los hombres”, afirma GARCÍA PASCUAL, C., “*Norma Mundi. La lucha por el Derecho Internacional*”, Editorial Trotta, Madrid 2015, p. 18.

⁵¹⁷ VERDROSS, A., op. cit. (*Derecho internacional público*), p. 452, que afirma que se trata de “una confederación de vocación universal, formada principalmente por Estados soberanos y que en consecuencia no ejerce un poder directo sobre los súbditos de sus miembros. Tan sólo puede ejercer un poder de mando directo sobre sus funcionarios y en ciertas circunstancias sobre los habitantes de territorios bajo fideicomiso”; “A menudo se afirma, con evidente plausibilidad, que en el futuro previsible resulta realmente imposible tener un Estado mundial”, afirma AMARTYA SEN, op. cit. (*La idea de la Justicia*)

⁵¹⁸ El artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y que entró en vigor el 24 de octubre del mismo año, establece lo siguiente: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII”; VERDROSS, A., op. cit. (*Derecho internacional público*), p. 433, advierte que no obstante “esta prohibición de intervenir en los asuntos internos no es absoluta”.

⁵¹⁹ “La legitimidad de las organizaciones internacionales ya no depende, o al menos ya no depende únicamente, de los Estados que las han creado sino de las organizaciones y de los sujetos que interactúan en la economía global”, afirma GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNAUD, A., “*La legitimidad social de las organizaciones internacionales. Estudio de las percepciones estatales y de la sociedad civil de la ONU, OMC y OIT*”, Marcial Pons, Madrid 2014, p. 28, efectuando un desarrollo pormenorizado en pp. 39-37.

⁵²⁰ Son sus actividades más relevantes la elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial, la preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico, la presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno, la prestación de asistencia técnica en proyectos de reforma de la legislación y la organización de seminarios regionales y nacionales sobre derecho mercantil uniforme.

⁵²¹ COLOMER, J. M., op. cit. (*El gobierno mundial de los expertos*), p. 258., que añade: “No es una sola institución soberana capaz de gobernar sobre todo el mundo en todos los temas. Se trata de una estructura más compleja formada por una red de instituciones con múltiples jurisdicciones territoriales –local, estatal, continental y global- y otro conjunto de instituciones especializadas a nivel global”, tras haber afirmado, en p. 24, que “las instituciones importan a nivel mundial tanto como en los niveles nacionales (...). Las instituciones definen los ámbitos territoriales en los que los mercados se pueden desarrollar, los bienes públicos pueden ser provistos y la democracia se puede ejercer”; “si las instituciones existentes no dan cabida a China y a otros emergentes, éstos se verán forzados a crear estructuras nuevas. Se fragmentaría, como consecuencia, la gobernanza mundial en un sistema de bloques ideológicos y económicos a modo de globalización parcelada”, afirma SOLANA, J., “*El desafío de la nueva ruta de la seda*”, Diario El País del martes 7 de abril de 2015, p. 29.

⁵²² Antes G-7, G-8, G-8+5, pudiéndose aludir al G-5 y G-10.

⁵²³ Sobre la “gobernanza económica europea”, VELA DÍAZ, R., “*La gobernanza económica Europea: Una aproximación a su incidencia en los sistemas de relaciones laborales*”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), núm. 385, abril 2015, pp. 13 ss., especialmente, pp. 18-24.

⁵²⁴ CAZORLA PRIETO, L. M., op. cit. (*El gobierno de la globalización financiera: Una aproximación jurídica*), p. 117.

⁵²⁵ Consejo de Estabilidad Financiera, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Consejo Internacional de Normas de Contabilidad (IASB), Foro Internacional de Reguladores Independientes de Auditoría (IFIAR), Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS), Organización Internacional de Comisiones del Mercado de Valores (IOSCO), Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (ISIS), Organización Mundial del Comercio (OMC), principalmente

⁵²⁶ Una panorámica completa de los significados atribuidos a la palabra “Derecho” puede verse en VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “*Las definiciones de la palabra Derecho y los múltiples conceptos del mismo*”, RALJ, Madrid 1998.

⁵²⁷ Afirma CAZORLA PRIETO, L. M., op. cit. (*El gobierno de la globalización financiera: Una aproximación jurídica*), p. 120, que los acuerdos de los organismos aludidos “aunque tengan carácter extrajurídico, desempeñan una función de transcendencia jurídica cual es la de constituir fuente material del Derecho en última instancia”.

⁵²⁸ GARCÍA PASCUAL, C., op. cit. (*Norma Mundi. La lucha por el Derecho Internacional*), p. 43, donde afirma lo siguiente: “El derecho cosmopolita constituye el último estadio de un camino que lleva a la paz, es, por tanto, un deber ser o un ideal al que la moral nos hace tender, pero también es un ser: hacia lo que de hecho ya camina la humanidad”.

⁵²⁹ “No existe todavía norma básica que nos provea de criterios generales de validez para las normas de derecho internacional. De esta manera puede adoptarse un punto de vista sobre el derecho internacional que no exija ni suponga ni más ni menos que lo que es ofrecido por los hechos y que demuestra la semejanza de las normas internacionales e internas y sin embargo se abstenga de tratar a todas ellas como partes y parcelas de la misma cosa”, afirmación todavía válida y con actualidad de FINCH, J., “*Introducción a la teoría del Derecho*”, Editorial Labor, S. A., Barcelona 1977, p. 195.

⁵³⁰ CALVO CARAVACA, A.-L., “*La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho internacional privado en la sociedad global*”, en Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado, consejo General de Notariado-Wolters Kluwer España, S.A., Madrid 2012, p. 245, donde precisa que “la regulación jurídica de las sociedades es muy diferente de Estado a Estado. La armonización del Derecho societario llevada cabo por la UE desde hace años no ha desembocado en un Derecho societario material uniforme y completo para todos los Estados miembros. Es tan sólo una unificación parcial y limitada. Por otro lado, las sociedades despliegan una actividad internacional muy acusada. Resultado: en los casos internacionales relativos a sociedades mercantiles, es preciso determinar con el mayor cuidado el “derecho aplicable” a tales sociedades”, respecto de la diversidad conflictual precisa en la misma página, que “los diferentes Estados utilizan criterios muy dispares para determinar la “Ley reguladora de las sociedades” enumerando de seguido, pp. 246-254, los criterios más importantes (Incorporation Theory o Gründungstheorie, Tesis de la sede estatutaria, Teoría de la sede de la dirección o Sitztheorie, Teoría del centro de explotación, Teoría del lugar de constitución, Tesis del control económico).

⁵³¹ “La primacía del derecho internacional consiste en considerar que el derecho existente es necesariamente estatal, y el derecho internacional tan solo un “derecho estatal externo”, denominación que expresa que sus normas deriva de la misma fuente que las del derecho interno, y que es la voluntad del Estado mismo la que soberanamente las relaciones las relaciones con los otros Estados, así como sus relaciones con sus propios sujetos; que el derecho internacional es simplemente esa parte del orden estatal que regula las relaciones del

Estado considerado con los otros Estados. En el marco de esta teoría que parte de la soberanía del Estado, el Estado nacional está con los otros Estados en la misma relación que con el Derecho internacional. Una comunidad jurídica extranjera no es tal hasta que no es “reconocida” por el propio Estado, de la misma manera que el derecho internacional necesita su reconocimiento para poder imputársele naturaleza jurídica. Es decir, el Estado, desee la teoría del reconocimiento, está caracterizado por su soberanía, y la validez de cualquier otro orden jurídico permanece mediatizada por esa misma soberanía en su potestad de reconocer órdenes normativos externos”, según las teorías dualistas. “La indicada construcción monista que da, en cambio primacía al derecho internacional requiere otro tipo de consideraciones. –en primer lugar, debemos pensar en la estructura de un orden jurídico único (o una única pirámide jerárquica) que en su seno integraría tanto norma estatales como normas internacionales y que, obviamente, no podrían tener más que un fundamento único o última Grundnorm (...) el derecho internacional constituye la base del ordenamiento jurídico estatal porque en su seno existe un principio o norma consuetudinaria que establece “que un individuo o un grupo de individuos capaces de obtener una obediencia permanente al ordenamiento jurídico coercitivo establecido por ellos, tienen que ser considerados como autoridad legal y legítima”. De este modo, el ordenamiento jurídico internacional mediante el principio de efectividad “determina no sólo la esfera de validez de los ordenamientos jurídico estatales sino también su fundamento y su validez...Y la norma fundamental del ordenamiento jurídico internacional es también el fundamento último de la validez de los ordenamientos jurídico estatales””, afirma GARCÍA PASCUAL, C., op. cit. (*Norma Mundi. La lucha por el Derecho Internacional*), pp. 80-81.

⁵³² FALCON Y TELLA, M. J., “*Concepto y fundamento de la validez del Derecho*”, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense-Editorial Civitas, S. A., Madrid 1994, pp. 134-142.

⁵³³ Con carácter general ha de aludirse a la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de junio de 2011, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas (2011/2013(INI)), (2012/C 380 E/09).

⁵³⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo (2009/C 295 E/09), que define el proyecto académico de Marco Común de Referencia (MCR) (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference “DCFR”), presentado a la Comisión a finales de 2007, como “un documento académico”, indicando que “la posible selección de las partes del proyecto de MCR que deben integrarse en el próximo documento de la Comisión constituye un ejercicio de carácter eminentemente político”. También Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción. (2003/C 63/01), así como la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo. Bruselas, 11.07.2001COM (2001) 398 final.

⁵³⁵ RODRIK, D., op. cit. (*La paradoja de la globalización*), se pregunta en pp. 227-251, si es concebible y deseable un gobierno mundial indicando en p. 251 que “las comunidades políticas están organizadas a escala nacional y sigue habiendo diferencias importantes en todo el mundo sobre cuál es la organización institucional más deseable”, entendiendo que no obstante ser una necesidad la “hiperglobalización no puede lograrse”, estableciendo un trilema, en p. 219, según el cual: a) hiperglobalización con democracia, supone la desaparición de los Estados; b) hiperglobalización con Estados, supone la desaparición de la democracia; c) Estados y democracia, impide la globalización profunda.

⁵³⁶ “Existe la tendencia creciente de que pocos idiomas -entre ellos el, inglés, español, ruso y mandarín- dominen a muchos que son minoritarios y que, de este modo, aumenten a pasos agigantados las lenguas en peligro de extinción. Un dato significativo es que, según los últimos estudios, al menos el 50% y posiblemente hasta un 90% de las lenguas del mundo desaparecerán a finales del siglo XXI. Esto conlleva que perezcan más de la mitad de las siete mil lenguas habladas en todo el planeta”, se afirma en Expansión, Aula Abierta/a Fondo/ ¿Cómo salvaguardar lo que más queremos?, de 18 de marzo de 2014, p. 36.

⁵³⁷ “En verdad el Derecho estatal no puede ni debe ser considerado aun orden jurídico total e independiente, sino que, por el contrario, debe ser considerado como una especie de orden provincial de un orden jurídico superior y más extenso, a saber, como parte de un orden jurídico internacional y como subordinado al Derecho internacional”, afirma RECASENS SICHES, L., op. cit. (*Tratado General de Filosofía del Derecho*), p. 294.

⁵³⁸ Pudiéndose calificar, tendencialmente y en cierta perspectiva, las Reglas y Usos Uniformes elaborados por determinadas Entidades y Organizaciones privadas internacionales como la Cámara Internacional de Comercio (ICC) de auténticas “rules of law”, resultado de la codificación de la normativa de soft law, llevada cabo por esas Entidades y Organismos privados. En ese sentido se pronuncia CARBONE, S. M., “*I principi UNIDROIT quale soft law applicabile ai contratti del commercio internazionali: Tra autonomia privata e ordinamenti statali*”, Diritto del Commercio Internazionale. Paractica internazionale e diritto interno, núm. 26.4, Octubre-

Diciembre 2012, pp. 809 ss.; En el dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea, sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo de 17 de julio de 2001 (COM(2001) 398 final), puntos 1.4 y 1.10, “la aplicación de las directrices elaboradas por (...) comisiones de juristas o por organizaciones profesionales sigue siendo voluntaria para las partes. Son elementos de una especie de *lex mercatoria* suplementaria (...), los servicios, en particular los financieros, inversiones y seguros, no han sido objeto de convenios ratificados y vigentes de las Naciones Unidas (...), pero existe un *soft law* importante en éstos ámbitos”; “Una de las consecuencias de la actividad de Estado y de los nuevos actores en el proceso de acuñación de las normas jurídicas es la del surgimiento de fuentes del Derecho e instrumentos jurídicos distintos a los propios de la producción monopolística del Derecho por parte del Estado en sentido amplio. Esto es fruto de la aparición de fuentes e instrumentos en los que participan los operadores privados que actúan en distintos sectores de la actividad económica combinadamente con el sector público, e incluso integrados en organismos de este sector. (...). El “*soft law*” es uno de los ejemplos paradigmáticos a los que intenta dar cobertura la nueva gobernanza. Mediante instrumentos ajenos al sistema de fuentes, la Administración puede adoptar normas en las que participen todos los sectores afectados por la decisión, o incluso pueden ser actos adoptados por los propios particulares. De la misma manera el “*soft law*” puede incorporar mecanismos de aprobación de normas de den naturaleza legal o reglamentaria. Incluso cabe la posibilidad de que las normas de “*soft law*” sean el resultado de un acuerdo entre sujetos públicos y privados, otorgando a la Administración un papel secundario que facilita la regulación desde instancias más cercanas al ciudadano. Esta aplicación flexible también se traduce en la vertiente de los efectos, al admitir que el “*soft law*” sea vinculante o no en función de lo que establezca el *hard law* (...) muchas de las normas que emanan de los distintos cuerpos que aspiran a gobernar la globalización (...) responden a las características predicables del llamado “*soft law*”. Otro tanto cabe decir de las normas procedentes de la Unión Europea, y hasta en la legislación (...) de los Estados articulada a través de los instrumentos tradicionales de creación del Derecho que empiezan a deslizar normas identificables con lo que conocemos con aquella denominación extranjerizante. Esta fenómeno jurídico-normativo se explica por las siguientes razones pro el surgimiento de este tipo de normas en el campo internacional (...), una de las cunas del llamado “*soft law*”; por la amplitud de su objeto, que comprende aspectos más o menos concretos del gobierno de la globalización (...); por el método del consenso con el que se suelen elaborar las reglas (...) y por la flexibilidad procedimental que suele acompañar a su preparación y aprobación; por la combinación de elementos públicos y privados que se suele dar en los mismos generadores de reglas (...) aplicables a escala global; por la diversidad, profunda muchas veces, que se da entre las distintas culturas jurídicas tanto en los que tienen que preparar o aprobar tales reglas (...) como en los variados destinatarios de ellas que se extienden por todo el mundo; por la textura tan amplia y flexible de la que se revisten las reglas (...), y en fin, por sus distintos efectos, que pueden ir desde lo indicativo u orientativo sin efecto jurídico directo a lo preceptivo con efecto jurídico directo como puede ocurrir en el seno de la Unión Europea o a la normativa que los Estados van incorporando procedente de la Unión europea o de los distintos organismos regulatorios integrados en el gobierno de la globalización”, dice CAZORLA PRIETO, L. M., *op. cit.* (*El gobierno de la globalización financiera: Una aproximación jurídica*), pp. 122-123; Procede recordar la afirmación de AGUILAR NAVARRO, M., “*Ensayo de delimitación del Derecho Internacional Económico*”, Universidad Complutense. Servicio de Publicaciones, Madrid 1971, p. 51, según la cual “la aportación de los particulares, de los grupos profesionales, constituye un problema complejo (...). Si nos fijamos en la formación de los núcleos esenciales, (...) llegaremos a la conclusión de que este nuevo sistema jurídico destinado al comercio y economía internacional tiene su acta de nacimiento en los archivos de estas instituciones. El dato es real y perfectamente explicable. El Derecho, por lo general, se ve suscitado por la necesidad, por la práctica (...). Tenemos la sensación de que en estos cauces se forma un derecho más real, más espontáneo y auténtico”; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D. F., “*La armonización del derecho societario europeo en el siglo XXI: un análisis sistemático desde la integración uniformes de las fuentes comunitarias*”, RdS núm. 30, año 2008-1, p. 274; “la potencialidad de los operadores jurídicos para crear Derecho es enorme”, afirma MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “*Notas a propósito de la codificación mercantil*”, AARAJL núm. 35, 2005, p. 699.

⁵³⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D. F., *op. cit.* (*La armonización del derecho societario europeo en el siglo XXI: un análisis sistemático desde la integración uniformes de las fuentes comunitarias*), pp. 274-275.

⁵⁴⁰ CALVO CARAVACA, A.-L., *op. cit.* (*La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho internacional privado en la sociedad global*), p. 272, afirma que “la “nueva *Lex Mercatoria*” debe ser rechazada”; “Debe desaparecer la idea de que el derecho se hace mediante leyes y que sólo el legislador es sujeto iusproductivo capaz de transformar todo en derecho casi como un rey Midas de nuestro tiempo (...). La hipertrofia e hipervaloración de la ley pesan sobre la sociedad y la cultura europeo-continental y sobre otras zonas del mundo por ellas condicionadas”, afirma GROSSI, P., “*Mitología jurídica de la modernidad*”, Editorial Trotta, S. A., Madrid 2003, p. 64.

⁵⁴¹ GARCÍA PASCUAL, C., *op. cit.* (*Norma Mundi. La lucha por el Derecho Internacional*), p. 246,

⁵⁴² Así los califica el “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas”, de fecha 14 de octubre de 2013, elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, apartado 2.1 párrafo cuarto.

⁵⁴³ A título de ejemplo se puede citar a la Cámara Internacional de Comercio (ICC)

⁵⁴⁴ SOROS, G., op. cit. (*La crisis del capitalismo global*), p. 157

⁵⁴⁵ A ellos se refiere GIRÓN TENA, J., “Introducción”, en AAVV. Estudios y Textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1978, pp. 26-27.

⁵⁴⁶ FIGA FAURA, L., “*El problema jurídico fundamental, hoy*”, AARAJL núm. 24, 1994, pp. 151 ss.

⁵⁴⁷ WALLERSTEIN, i, “*Universalismo europeo*”, Siglo XXI de España Editores, Madrid 2006, p. 71.

⁵⁴⁸ Afirma MANGAS MARTÍN, A. “*La UE. De la periferia a actor global civil*”, El Mundo del 17 de diciembre de 201, p. 23, que precisa: “Nuestra cultura grecorromana está vinculada a la fuerza de la norma como instrumento de resolución de los conflictos y de los problemas económico-sociales frente a la visión del poder militar”; DIEZ DEL CORRAL, L., “*El rapto de Europa*”, Alianza Editorial, s. A., Madrid 1974, especialmente pp. 100-107.

⁵⁴⁹ SOROS, G., op. cit. (*La crisis del capitalismo global*), p. 161.

⁵⁵⁰ SOROS, G., op. cit. (*La crisis del capitalismo global*), p. 161.

⁵⁵¹ Tomado del Considerando Primero de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa las fusiones transfronterizas de sociedades de capital.

⁵⁵² Según el Considerando Segundo de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa las fusiones transfronterizas de sociedades de capital.

⁵⁵³ Que ha sido modificada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, y por la Directiva 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2012. Su denominación es criticada por MARTÍ MOYA, V., “*Armonización en materia de concentraciones intraeuropeas: la última directiva sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital*”, RdS núm. 27, año 2006-2, p. 302, afirmando que “no podemos desaprovechar la ocasión para realizar una valoración crítica del término transfronteriza, en referencia a la fusión entre sociedades de distintos Estados miembros de la UE. En nuestra opinión, esta palabra no se inserta adecuadamente en la filosofía que impregna las actuaciones europeas desde la introducción del Mercado Único, cuya definición es proporcionada por art. 14 TCE y cuya consecución es una de las primeras y tradicionales aspiraciones de la Unión. Precisamente, este concepto de mercado único persigue la supresión de las fronteras físicas entre Estados miembros. Y aunque pueda entenderse que la existencia de barreras jurídicas de índole nacional puede servir como justificación de la utilización del término transfronteriza para la fusión de sociedades de distintos Estados miembros, hemos de recordar que el término “frontera” está íntimamente asociado, no a las trabas de índole jurídica e inmaterial, sino a los límites o confines físicos de los Estados. Manifestamos, por tanto, nuestra preferencia por el término “intracomunitaria”, más correcto, tanto teleológica como terminológicamente, y cuyo uso se revela más conveniente al efecto de fomentar una conciencia comunitaria”.

⁵⁵⁴ Afirma PÉREZ SERRANO, N., op. cit. (*Tratado de Derecho Político*), p. 126, que el concepto de “soberanía” nace “en Francia, como consecuencia de la lucha que la Monarquía sostiene contra la Iglesia, contra el Imperio y contra los señores feudales, merced a la cual va afirmando el País su independencia con respecto a otros Poderes exteriores o interiores, y es BODINO quien construye la doctrina, para justificar la condición de Estado, si necesidad de trabas o reconocimientos ajenos”, y en p. 129, que “las notas que suelen asignarse a la Soberanía son éstas: una, indivisible, intransmisible, imprescriptible e inviolable”; “Entendemos por soberanía la capacidad de dominación política de un Estado que ejerce sobre su pueblo y territorio correspondiente, mediante los sujetos habilitados por su ordenamiento jurídico fundamental y en la forma por éste prevista”, precisan LUCAS VERDÚ, P. y LUCAS MURILLO de la CUEVA, P., “*Manual de Derecho Político*”, volumen Primero, Editorial Tecnos, Madrid 1987, p. 168, “Nunca se ha establecido claramente si la soberanía, cuya concepción jurídico-política estuvo inédita hasta que la formuló BODINO como una innovación, reside en el estado en el Gobierno”, afirma NEGRO, D., “Gobierno y Estado”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid-Barcelona, 2002, p. 23; Según el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 2001, la palabra “soberanía” tiene los siguientes significados: “2. Autoridad suprema del poder público; nacional. 1. La que reside en el pueblo y se ejerce por medio de sus órganos constitucionales representativos”; El DICCIONARIO DEL ESPAÑOL ACTUAL, de MANUEL SECO, OLIMPIA

ANDRÉS y GABINO RAMOS, Aguilar Lexicografía/Grupo Santillana Ediciones, S. A., v. II, G-Z, Madrid 1999, atribuye a Soberanía el siguiente significado: “Cualidad de soberano. (...) Suprema autoridad pública”; El DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL, de MARÍA MOLINER, v. H-Z, Editorial Gredos, S. A., Madrid 1994, atribuye a “soberanía” el significado siguiente: Cualidad de soberano. Autoridad suprema del gobierno. Independencia de un país. Mando o dominio de un país sobre otro. SOBERANÍA NACIONAL. Hecho de corresponder el poder a la nación, lo que ocurre en los regímenes democráticos”

⁵⁵⁵ Al término “nación” atribuye el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española Madrid 2001, el significado siguiente: “1. Conjunto de habitantes de un país; 2. Territorio den ese país; 3. Conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente hablan un miso idioma y tiene una tradición común; 5. Hombre natural de una nación, contrapuesto al natural de otra; Para dar a entender el origen de alguien, o de dónde es natural”; A “extranjero” atribuye el significado siguiente: “Que es o viene de país de otra soberanía; Natural de una nación con respecto los naturales de cualquier otra; Toda nación que no es la propia”; El DICCIONARIO DEL ESPAÑOLA ACTUAL, de MANUEL SECO, OLIMPIA ANDRÉS y GABINO RAMOS, Aguilar Lexicografía/Grupo Santillana Ediciones, S. A., v. II, G-Z, Madrid 1999, confiere al término “nación” el significado de “1. Grupo humano que, asentado sobre un territorio definido y con una autoridad soberana, constituye una unidad política; 2. b) Territorio de una nación; 2. Grupo humano gralm. amplio, se origen étnico, lengua y tradiciones comunes; 3. Nacimiento”; A “extranjero el de “De un país que no es el propio; 2.(Lengua) que no es la propia o la del país propio; El DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL, de MARÍA MOLINER, v. H-Z, Editorial Gredos, S. A., Madrid 1994, a “nación” atribuye el significado siguiente: “Comunidad de personas que viven en un territorio regido todo él por el mismo gobierno y unidos por lazos étnicos o de historia; esa comunidad, junto con el territorio y todo lo que pertenece a él; Comunidad de personas con la misma raza, con los mismos usos, particularmente el mismo idioma, que por alguna razón histórica ocupa un territorio dividido entre varios países; se aplica también , por ejemplo al pueblo judío en su totalidad, aunque no esté reunido en un territorio”; A “extranjero” atribuye el significado siguiente: “Se aplica a las personas y a la cosas de un país que no es el propio del que habla o de ciertas persona de que se trata; Mundo, o cualquier parte de él, situado fuera del país de la persona de que se trata”; “La Nación supone un proceso de integraciones constantes, de superación de antagonismos, merced al predominio de lo que liga sobre lo que separa, hasta originar, mediante el plebiscito diario a que Renan aludiera, una conciencia unitaria, en sentido de solidaridad, forjado en el curso de acontecimientos prósperos y adversos, de comunes alegrías y dolores, de glorias y desgracias. Y cuando esa fusión se ha realizado, y cada nacional siente como suyo propio cuanto concierne al territorio que habita y a los hombre con quienes vive, la Nación viene a ser un todo orgánico”, precisa PÉREZ SERRANO, N., op. cit. (*Tratado de Derecho Político*), p. 113; “El Estado es una sociedad territorial jurídicamente organizada con poder soberano que persigue el bienestar general”, indican LUCAS VERDÚ, P. y LUCAS MURILLO de la CUEVA, P., op. cit. (*Manual de Derecho Político*), p. 33; A título ejemplar puede citarse la STC 42/2014, de 25 de marzo, según la cual, El art. 1.2 CE proclama que “(l)a soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. El precepto, “base de todo nuestro ordenamiento jurídico” (STC 6/1981, FJ 3), atribuye, por tanto, con carácter exclusivo la titularidad de la soberanía nacional al pueblo español, unidad ideal de imputación del poder constituyente y, como tal, fundamento de la Constitución y del Ordenamiento jurídico y origen de cualquier poder político (SSTC 12/2008, FJ 4; 13/2009, FJ 16; 31/2010, FJ 12). Si en el actual ordenamiento constitucional solo el pueblo español es soberano, y lo es de manera exclusiva e indivisible, a ningún otro sujeto u órgano del Estado o a ninguna fracción de ese pueblo puede un poder público atribuirle la cualidad de soberano. Un acto de este poder que afirme la condición de “sujeto jurídico” de soberanía como atributo del pueblo de una Comunidad Autónoma no puede dejar de suponer la simultánea negación de la soberanía nacional que, conforme a la Constitución, reside únicamente en el conjunto del pueblo español. Por ello, no cabe atribuir su titularidad a ninguna fracción o parte del mismo (FJ 3) (...) “el Estado autonómico se asienta en el principio fundamental de que nuestra Constitución hace residir la soberanía nacional en el pueblo español (art. 1.2 CE), de manera que aquella ... ‘no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones históricas anteriores” (STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 3; reiterado en STC 247/2007, FJ 4 a)). Igualmente este Tribunal ha declarado que autonomía no es soberanía (STC 247/2007, FJ 4 a)). De esto se infiere que en el marco de la Constitución una Comunidad Autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España. Esta conclusión es del mismo tenor que la que formuló el Tribunal Supremo del Canadá en el pronunciamiento de 20 de agosto de 1998, en el que rechazó la adecuación de un proyecto unilateral de secesión por parte de una de sus provincias tanto a su Constitución como a los postulados del Derecho internacional”(FJ 3)”.

⁵⁵⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “Acotaciones sobre el término Nación”, Anales núm. 38, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2008, p. 4.

⁵⁵⁷ SOTELO, I., op. cit. (*El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*), pp. 97- 98, un análisis amplio del concepto de nación puede verse en pp. 99-112.

⁵⁵⁸ SOTELO, I., op. cit. (*El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*), p. 16.

⁵⁵⁹ JIMÉNEZ RUÍZ, J. L., y MARÍN GÁMEZ, J. A., “Problemática práctica del constitucionalismo multinivel: ¿Caos normativo, desconocimiento práctico o divergencia teórica?” Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos” (CEF), núm. 160, Mayo 2014, especialmente pp. 116 ss.; LAVILLA ALSINA, L., op. cit. (*Seguridad jurídica y función del Derecho*), p. 35, afirma lo siguiente: “En el panorama constitucional de los Estados liberales del siglo XIX, el legislador podía todo, ahora el legislador, bajo la vigencia del nuevo principio ya no puede más que lo consentido por la norma constitucional (...). Al verificarse esta superposición del principio de constitucionalidad respecto del de legalidad, la seguridad jurídica, en cuanto esencial para la realización de la justicia y que interpela y condiciona el ordenamiento jurídico, ha de actuar específicamente anclada en el orden suprallegal justo, que debe expresar la Constitución, y directamente acogida a él”.

⁵⁶⁰ AGUILÓ REGLA, J., “Sobre Derecho y Argumentación”, LLeonard Muntener Editor, Palma de Mallorca, 2009, p. 54, afirma que “la cultura jurídica dominante, además de normativista ha sido positivista”; MENÉNDEZ, A., “Notas sobre lo jurídico y lo justo”, AARAJL, núm. 27, 1997, p. 51, alude al “conflicto que cualquier concepción de lo jurídico y lo justo genera entre la búsqueda de la certeza o seguridad en el Derecho y la realización de la justicia”; BALLESTEROS, J., “Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la Filosofía Jurídica”, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), Madrid 2001, p. pp. 59-61, trata sobre la crisis actual del positivismo jurídico.

⁵⁶¹ AGUILÓ REGLA, J., op. cit. (*Sobre Derecho y Argumentación*), pp. 16-18; En sempiterna oposición, no resuelta y probablemente irresoluble, al iusnaturalismo. Bien entendido que asumir “una concepción iusnaturalista, no tiene porqué suponer – y no ha supuesto- desterrar del Derecho el elemento de la coerción, al igual que el positivismo jurídico no lleva tampoco fatalmente a identificar el Derecho con la fuerza”, afirma ATIENZA, A., op. cit. (*El sentido del Derecho*), p. 116; LAPORTA, F. J., “El imperio de la ley, una visión actual”, Editorial Trotta, S A., Madrid 2007, p. 156, define la ley de la siguiente manera: “La ley se nos presenta desde la historia como una disposición creada deliberadamente por el poder soberano localizado en un órgano representativo, que incorpora normas sobre el uso de la fuerza en la sociedad, se dirige a destinatarios generales y contempla supuestos típicos los límites recíprocos de sus derechos y deberes, y establece las cargas y beneficios económicos de la sociedad; sirve con todo ello al mismo tiempo como control y límite a la acción de los poderes públicos”, advirtiendo, en p. 157, que es una pura reconstrucción conceptual que puede no tener ningún referente exacto y completo en la teoría o en la práctica jurídica”; HERNÁNDEZ GIL, A., “De nuevo sobre el Derecho Natural”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1983, p. 85, tras indicar que diferenciar entre el iusnaturalismo racionalista y el aristotélico-escolástico, afirma lo siguiente: “Pese a las diferencias, hay un denominador común. Toda concepción del derecho natural tiende a sustraer del puro arbitrio individual o convencional los criterios básicos reguladores de las relaciones de convivencia entre los hombres, buscando la justicia como expresión ontológico-metafísica del ser, como expresión lógica de la razón o como expresión ética del bien común. El problema del derecho natural no es meramente el teórico de que los juristas y los filósofos no nos pongamos de acuerdo respecto de los modos de afirmarle, ni es tampoco su negación, sino el problema, profundamente antropológico y social, de que, habiendo un derecho preconfigurado por la naturaleza o encarnado en la naturaleza del hombre. El pensamiento del derecho natural, con todas sus dificultades, encierra un valor que (...), se manifiesta en lo estos tres puntos principales: 1º. La posibilidad de adoptar una posición crítica respecto de los derechos positivos; 2º. Mantener la esperanza abierta hacia un derecho justo; 3º. Y erigir en centro de la protección jurídica la persona”.

⁵⁶² HERNÁNDEZ Gil, A., “En torno al Derecho y la Ética”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1993, pp. 46-50, expone las diferentes concepciones de considerar al Derecho como una “ciencia normativa”; LAPORTA, F. J., op. cit. (*El imperio de la ley, una visión actual*), p. 84; “El normativismo -la idea de que el Derecho consiste fundamentalmente en normas- es la concepción seguramente más difundida del siglo XX y, sin duda, la más desarrollada desde el punto de vista teórico”, afirma ATIENZA, M., “El sentido del Derecho”, Editorial Ariel, S. A., Barcelona 2001, p. 286, desarrollando la concepción normativista y la concepción iusnaturalista en pp. 286-294 y 295-299; AGUILÓ REGLA, J., op. cit. (*Sobre Derecho y Argumentación*), p. 54, destaca que “la cultura jurídica dominante de sido normativista”.

⁵⁶³ LAVILLA ALSINA, L., “Seguridad jurídica y función del Derecho”, Discurso leído el día 8 de febrero de 1999 en su recepción pública como Académico de Número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1999, p. 60; Afirman ALONSO, J. A., y GARCIMARTÍN, C. op. cit. (*Acción colectiva y desarrollo. El papel de las instituciones*), p. 208, que “la impredecibilidad de las normas constituye uno de los rasgos del marco institucional con mayores costes sobre la posibilidades de crecimiento”.

⁵⁶⁴ CRUZ PACHECO, J. A., “*Los métodos para los juristas*”, en *Observar la ley*, Editorial Trotta, S.A., Madrid 2006, p. 21 donde además indica que “esto de por sí implica ya hacer uso de una teoría que nos dice qué es el derecho y como reconocerlo”, y en p. 27 alude a “la relación estrecha entre el derecho y el leguaje”.

⁵⁶⁵ GIL, T. “*Acciones, normatividad, historia*”, Herder Editorial, S.L. Barcelona 2010, p. 42; Se refiere a la relativa inconsecuencia del positivismo jurídico HERNÁNDEZ Gil, A., “*Puntualizaciones y correcciones al positivismo jurídico*”. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1982, pp. 78-79, principalmente.

⁵⁶⁶ NIETO, A., “*Crítica de la razón jurídica*”, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 129, y en general sobre el monopolio estatal del Derecho, pp. 129-134.

⁵⁶⁷ Alude LARENZ, K., “*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*”, Civitas Ediciones, S. L, Madrid 2002, p. 20, en su Proemio, aludiendo a la Filosofía del Derecho y a los derechos positivos, que “tiene que producirse un proceso intelectual que arranque de cada uno de esos polos y que discorra constantemente entre ellos. A muchos lectores les irritará la frecuente alternancia de argumentos de carácter filosófico y argumentos de Derecho positivo. Me hago responsable de esos pasos de frontera”, elevándolo a la categoría de “principio metódico”.

⁵⁶⁸ Sobre la diversidad de “familias jurídicas en el mundo contemporáneo”, DAVID R., “*Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*”, Aguilar S.A de Ediciones, Madrid 1973.

⁵⁶⁹ Con referencia al campo de las matemáticas, FRENKEL, E., “*Amor y matemáticas*”, Ariel-Editorial Planeta, S. A., Barcelona 2015, pp. 13-14.

⁵⁷⁰ ATIENZA, M., op. cit. (*El sentido del Derecho*), pp. 276-277; AGUILÓ REGLA, J., op. cit. (*Sobre Derecho y Argumentación*), pp. 58-61.

⁵⁷¹ Sucesivamente revisada, siendo las más relevantes las de 1960, 1969, 1974, 1984, 1996, 1998, 2002, 20005, 2006, 2009 y 2010.

⁵⁷² Según la teoría empiriocrítica del Derecho de LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho*), pp. 58-59, a cuyo tenor: “Por más que no falten autores propicios a poner el ideal del Derecho en la consecución de un elenco universal de soluciones particularizadas para cada posible caso, es a duras penas imaginable, si no hacemos acepción de personas, que los supuestos litigiosos puedan proliferar indefinidamente. La substancial constancia de líneas estructurales que, por encima de mínimas variaciones periféricas, induce a pensar en configuraciones uniformes que se reiteran en el tiempo y en el espacio, representa un poderoso estímulo para la introducción de fórmulas resolutivas aplicables a una pluralidad indeterminada: Donde no hay diferencia discernible, la coherencia lógica impone la igualdad de trato. La cuestión se reduce, pues, como en toda abstracción legítima, a investigar cuál puede ser el módulo de igualdad (regla) o diversidad (excepción) entre casos. Si es lícito calificar de jurídicamente iguales relaciones aliorrelativas entre sujetos diferentes y en circunstancias que no concuerdan en todos sus detalles, el conocimiento conceptual tendrá cabida en el Derecho. Si no, tendríamos que limitarnos a instruir, como antes los “impropios”. Hablando en términos absolutos. Por supuesto que no existe igualdad. Pero si se da ésta, o por lo menos, su equivalente “indiscernibilidad”, a la luz de algún determinado módulo de juicio. $A=B$ (módulo x –escribiríamos entonces, recordando la notación gaussiana para las congruencias; pues carece de sentido predicar una igualdad sin referirla al aspecto y a la medida de donde surge. (El módulo debe, así, constar siempre, al ser el fundamento predicativo reproducible e intersubjetivamente corroborable de las proposiciones jurídicas)”.

⁵⁷³ Estado que acogían la Model Business Corporation Act, a la altura de 2013; Fuente: <http://www.professorbainbridge.com/professorbainbridgecom/2013/11/a-map-of-model-business-corporation-act-states.html>.



⁵⁷⁴ “*Estados Unidos conserva el liderazgo moral*”, titula su artículo FERNANDEZ-ARMESTO, F., publicado en El Mundo del jueves 19 de marzo de 2009, p. 21.

575 DOOLEY, M. P., “*Rules, standards, and de the Model Business Corporation Act*”,
scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1, pp. 45 ss.

⁵⁷⁶ Fundada en 1892 con el propósito y encargo de crear leyes modelo, que necesitan ser ratificadas, con modificaciones en su caso, y puestas en vigor por los diferentes Estados de la Unión

⁵⁷⁷ ALEMÁN LAIN, P., “*Función del valor nominal en las acciones. Una aproximación desde el Derecho Norteamericano*”, RdS, Monografía, Thomsom Reuters- Aranzadi, S.A., Cizur Menor, (Navarra), 2003, p. 39.

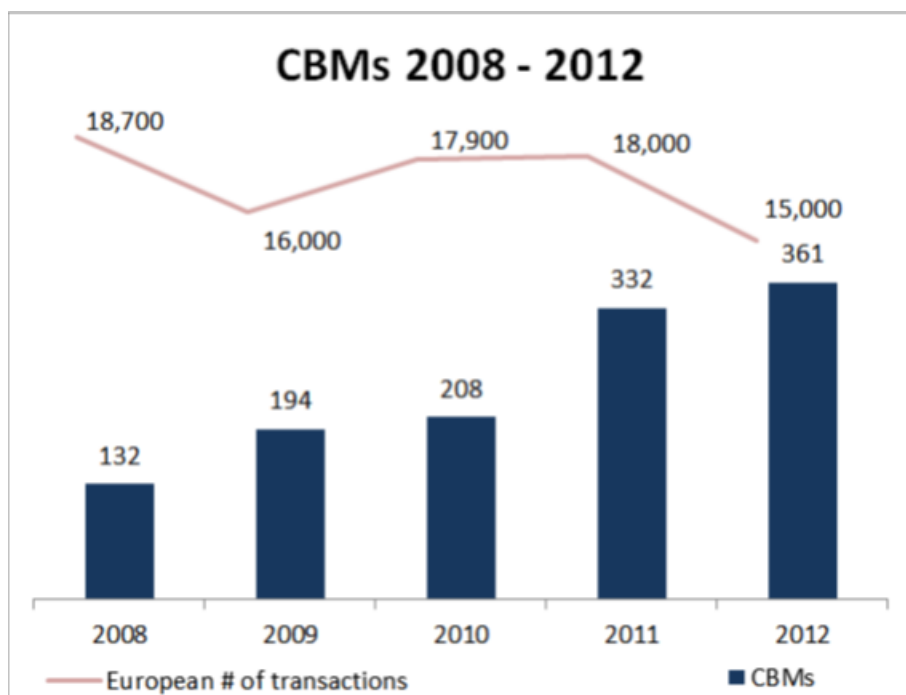
⁵⁷⁸SÁNCHEZ AGESTA, L., “*Curso de Derecho Constitucional comparado*”, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho-Sección de Publicaciones, Madrid 1988, p. 185, puede verse una descripción general de aquel sistema en pp. 171-228.

⁵⁷⁹ P. e. j. la Securities and Exchange Commission.

⁵⁸⁰ Como precedentes pueden citarse la Uniform Partnership Act de 1917, la Uniform Limited Partnership Act de 1917, y la Uniform Business Corporation Act de 1928, elaboradas por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Esta última norma uniforme como precedente muy significativo. Su preparación realmente comenzó 10 años antes, cuando el citado Comité recibió encargo de acometer el trabajo de elaborar una Federal Corporation Act, tras tres años de trabajo, en 1943, aquel Comité presentó un texto. Requerido para que elaborara un texto modelo utilizable por los Estados, tras otros tres años de trabajo, presentó la Model Business Corporation Act, sucesivamente revisada.

⁵⁸¹Sobre el gobierno por la ley o règne de la Loi GARCÍA E ENTERRÍA, E., “*La lengua de los Derechos*”, (tercera edición), Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009, pp.127-176.

582 LEXIDALE/BECH-BRUUN, op. cit. (*Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive*), p. 5, precisa que la Directiva 2005/56 ha inaugurado una nueva era en las fusiones transfronterizas en Europa (“the Directive has ushered in a new age for cross-border mergers”), ofreciendo el siguiente cuadro de la evolución de las fusiones transfronterizas en Europa en el período 2008-2012 (la Directiva debió ser transpuesta a los ordenamientos nacionales “a más tardar el 15 de diciembre de 2007, según su artículo 19):



⁵⁸³ Pueden citarse como las más relevantes el Caso Sarrió, S.A.-Reno de Medicis, S.p.A., en el que, como precisa TAPIA HERMIDA, A. J., “*Métodos de Concentración Transfronteriza Intracomunitaria de Sociedades cotizadas: Fusiones, OPAS y Otros Métodos Alternativos. Las Directivas 2004/25/Ce y 2005/56/CE*”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. Universidad Complutense, 2007/9, Marzo 2007, p. 19: “Este caso constituye un ejemplo excelente de la necesaria sincronía y simetría con que deben desarrollarse los procesos de fusión transfronteriza de sociedades cotizadas, debiéndose advertir, además, de que se desarrolló en 1998, mucho antes de la promulgación de la Directiva de 2005. El 26 y 27 de marzo de 1998, los Consejos de Administración de la compañía cotizada italiana Reno Di Medicis, S.p.A. y de la sociedad cotizada española Sarrió S.A. aprobaron el proyecto común de fusión por el que la primera absorbería a la segunda. Las Juntas generales de ambas compañías aprobaron la fusión los días 29 y 30 de junio de 1998 y la fusión tuvo efectos el 1 de diciembre de 1998. Además de la coordinación de los procesos societarios y ante los mercados de valores respectivos, tuvo especial interés la polémica que se suscitó entre la S. A. española absorbida y el Registrador Mercantil competente acerca del necesario reconocimiento de un derecho de separación a favor de los accionistas disidentes de la primera. La inicial oposición de la compañía a reconocer aquel derecho acabó por rectificar pagando el valor de reembolso correspondiente el 9 de octubre de 1998”; También puede verse sus comentarios en “*Fusiones y OPAS transfronterizas*”, Thomson-Aranzadi. S. A., Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 92, 111, 114, 116, 117, 123 y 127; Caso Grupo Roland, sobre el que afirma TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Métodos de Concentración Transfronteriza Intracomunitaria de Sociedades cotizadas: Fusiones, OPAS y Otros Métodos Alternativos. Las Directivas 2004/25/Ce y 2005/56/CE*), p. 19, lo siguiente: “En el año 2004 se desarrolló un proceso de fusión transfronteriza intracomunitaria de especial interés por su heterogeneidad porque implicó a sociedades españolas y portuguesas de distinto tipo y estructura personal. En efecto, la compañía limitada española Roland Iberia, S.L.U. absorbió a la también española Roland Electronics de España S.A y a la portuguesa Tecnologías Música e Audio – Roland Portugal, S.A. La heterogeneidad indicada se reflejó, por un lado, en los diversos tipos de acuerdos aprobatorios porque, mientras el socio único de la S.L. española adoptó la decisión de aprobación de la fusión el 29 de junio de 2004, la junta general de la S.A. portuguesa aprobó la fusión el 16 de agosto de 2004; y, por otro lado, en el canje asimétrico de acciones de la S.A. portuguesa absorbida por participaciones de la S.L. española absorbente”; Caso Samart S.A. y Belmart S.A., sobre el mismo indica TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Fusiones y OPAS transfronterizas*), p. 92, lo siguiente: “Versión simplificada de absorción de una sociedad anónima española íntegramente participada por párate de una sociedad francesa, no cotizadas en ambos casos. En este caso, resultó decisiva la compatibilidad ente la legislación española y la francesa sobre fusiones de sociedades anónimas, y, en particular, sobre absorción de sociedades íntegramente participadas”; En el BORME 166 de 27 de agosto de 2004, se publicó el siguiente anuncio sobre la fusión por absorción, por parte de Roland Iberia, Sociedad Limitada de Roland Electronics de España, Sociedad Anónima, que es suficientemente explicativo: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 242 del Real Decreto Legislativo

1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y en el artículo 94 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, así como en el artículo 107.o del Código das Sociedades Comerciais, se hace público lo siguiente: (i) que el socio único de Roland Iberia, Sociedad Limitada, en ejercicio de las competencias atribuidas a la Junta General, y la Junta General Ordinaria de Accionistas de Roland Electronics de España, Sociedad Anónima, previamente convocada a los efectos, han acordado, en fecha 29 de junio de 2004, la fusión de las mencionadas sociedades mediante la absorción, por parte de Roland Iberia, Sociedad Limitada de Roland Electronics de España, Sociedad Anónima, con la transmisión a título universal de su patrimonio íntegro a Roland Iberia, Sociedad Limitada y la disolución sin liquidación de Roland Electronics de España, Sociedad Anónima, y siendo así que los socios de la sociedad absorbida han canjeado sus antiguas acciones por el número de participaciones sociales que les correspondía en la sociedad absorbente. (ii) que el socio único de Roland Iberia, Sociedad Limitada, en ejercicio de las competencias atribuidas a la Junta General, y la Junta General de Accionistas de Tecnologías Música e Áudio-Roland Portugal, Sociedad Anónima han acordado, en fechas 29 de junio de 2004 y 16 de agosto de 2004, respectivamente, la fusión, en unidad de acto con la fusión referida en el apartado (i) anterior, de las mencionadas sociedades mediante la absorción, por parte de Roland Iberia, Sociedad Limitada de Tecnologías Música e Áudio-Roland Portugal, Sociedad Anónima con la transmisión a título universal de su patrimonio íntegro a Roland Iberia, Sociedad Limitada y la consiguiente extinción de Tecnologías Música e Áudio-Roland Portugal, Sociedad Anónima, en los términos de la normativa portuguesa, y siendo así que los socios de la sociedad absorbida han canjeado sus antiguas acciones por el número de participaciones sociales que les correspondía en la sociedad absorbente. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107.o del Código das Sociedades Comerciais, en la Asamblea General celebrada en fecha 16 de agosto de 2004 se decidió lo siguiente: Empezando por el punto uno del orden del día, el Proyecto de Fusión relativo a la fusión por absorción, con traspaso en bloque del patrimonio de la sociedad Tecnologías Música e Áudio-Roland Portugal, Sociedad Anónima a Roland Iberia, Sociedad Limitada, fue sometido a la evaluación de las accionistas, para adopción de acuerdo según lo dispuesto en el artículo ciento dos del Código de Sociedades Mercantiles. El representante de las accionistas confirmó tener conocimiento íntegro del Proyecto de Fusión propuesto y también que el mismo se encuentra inscrito en la 2.a Conservatoria del Registro Mercantil de Porto. Así, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley, se prescindió de su lectura. Habiendo sido concedida la palabra a don José Gonçalo Alves de Sousa Tavares Poças, en su calidad de Administrador de la sociedad, el mismo declaró, de conformidad y a los efectos del artículo ciento dos del Código de Sociedades Mercantiles, que el Proyecto de Fusión que hoy se somete a las accionistas ha sido aprobado por la mayoría de los miembros del Consejo de Administración y que mereció el dictamen favorable del Fiscal Único de la sociedad, así como del Auditor Oficial de Cuentas independiente nombrado a estos efectos. Mencionó asimismo que el Proyecto ha sido inscrito en la 2.a Conservatoria del Registro Mercantil de Porto el día 28 de junio del corriente año, y el 9 de julio de 2004, en prensa oficial y en prensa ordinaria, fue publicada la noticia de la realización de aquella inscripción, informando igualmente que el proyecto y la documentación adjunta al mismo se encuentran, desde el día 9 de julio de 2004, a disposición en el domicilio de la sociedad, para consulta por parte de las accionistas y de los acreedores sociales. Que el mismo proyecto mereció la aprobación unánime de la Administración de la otra sociedad interviniente en el proceso de fusión, habiéndose cumplido, con relación a esta aprobación, las disposiciones legales y estatutarias aplicables. El citado Administrador, en representación del Consejo de Administración, declaró expresamente que, desde la confección del Proyecto de Fusión, no se registró ningún cambio relevante en los elementos de hecho en los que el mismo se fundamentó. Se sometió entonces a votación la propuesta de aprobación del Proyecto de Fusión mediante traslado del patrimonio de la sociedad Tecnologías Música e Áudio-Roland Portugal, Sociedad Anónima hacia Roland Iberia, Sociedad Limitada. Una vez finalizado el recuento de los votos, la citada propuesta fue aprobada con los votos a favor de la totalidad de las accionistas representadas”. De conformidad con lo establecido en el artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas, se hace constar expresamente el derecho de los accionistas, socios y acreedores de las sociedades participantes en las operaciones de fusión a obtener el texto íntegro de los acuerdos de fusión adoptados, así como los Balances de fusión. Del mismo modo, se hace constar el derecho de los acreedores cuyos créditos se encuentren en el supuesto del artículo 243 de la Ley de Sociedades Anónimas de oponerse a la fusión en los términos y con los efectos legalmente previstos, en el plazo de un mes a contar desde la fecha de publicación del tercer y último anuncio del acuerdo de fusión. Según lo dispuesto en el Artículo 107.o del Código das Sociedades Comerciais, se informa asimismo a los acreedores de las sociedades que, dentro de los treinta días posteriores a la fecha de publicación de la presente notificación, podrán presentar su oposición judicial a la Fusión, fundamentada en los daños que de la misma se deriven para la realización de sus derechos. En Barcelona y Porto, 17 de agosto de 2004.-Don Paulo Ferreira Alves de Sousa, Administrador solidario de Roland Iberia, S.L., Don Paulo Ferreira Alves de Sousa, miembro del Consejo de Administración de Roland Electronics de España, S.A., y Don Paulo Ferreira Alves de Sousa, en nombre y representación de la sociedad Caius-Tecnologías Áudio e Música Lda., Presidente del Consejo de Administración de Tecnologías Música e Áudio-Roland Portugal,

S.A.-41.233. y 3.a 27-8-2004”, sobre esta fusión también TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Fusiones y OPAS transfronterizas*), pp. 92-93.

⁵⁸⁴ Alude a este requisito TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Fusiones y OPAS transfronterizas*), p.p. 90-91, indicando lo siguiente: “Las fusiones transfronterizas de sociedades han tropezado de la diversidad e incompatibilidad de las leyes nacionales de sociedades no sólo en cuanto al régimen de la fusión en sí misma considerada (las posibilidades tipológicas, los procedimientos y los efectos), sino también en las características estructurales de las sociedades de cada país en cuanto a su régimen de administración, de vigilancia de la gestión, en los extremos al poder de representación, etc. Históricamente las fusiones transfronterizas de sociedades en el ámbito de la Unión Europea han sido factibles en la medida en que las respectivas leyes nacionales aplicables a las sociedades implicadas mostraran una compatibilidad tipológica, en los relativo a la sociedad resultante de la fusión; y procedimental, en cuanto a las fases esenciales que el procedimiento de fusión debe seguir. En este sentido, se ha considerado que los mínimos tipológicos necesarios para que una fusión internacional se abriera camino consistían en: la integración patrimonial y de los socios de las sociedades fusionadas, con la consiguiente sucesión universal de la nueva sociedad resultante de la fusión o de la sociedad absorbente en las relaciones jurídicas de las extinguidas o de la absorbida; el principio de continuidad de las posiciones de los socios de las sociedades extinguidas o absorbidas en la nueva o absorbente; la formulación escrita de un diseño o proyecto de fusión que contenga las bases esenciales de la misma; la existencia de un derecho de información sobre la fusión; y la adopción de acuerdos por los órganos soberanos de las sociedades intervinientes. La armonización de las regulaciones de las fusiones de las sociedades anónimas alcanzada en el seno de la Unión Europea en virtud de la Tercera Directiva, bien facilitaba aquellas compatibilidades (especialmente la procedimental) no las garantizaba plenamente (...). Este condicionamiento de las fusiones transfronterizas a la compatibilidad de las respectivas leyes nacionales está implícito en nuestro Derecho vigente cuando el segundo párrafo del apartado 11 del art. 9 del código Civil dice que “en la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales”, que son determinadas por su nacionalidad. Igualmente, la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, mantenía ese condicionamiento implícito al decir, en el apartado 2 de su artículo 524 que “la fusión de dos o más sociedades sometidas a distintas leyes se regulará por lo establecido en las respectivas leyes personales”.

⁵⁸⁵ Que tiene una larga historia, no puede olvidarse que “tras un largo proceso relegada al estancamiento por diversas causas, el relanzamiento de la Décima Directiva relativa fusiones transfronterizas de sociedades de capital ha de unirse, inevitablemente, al Plan de Acción para la “Modernización del Derecho de Sociedades y Mejora de la Gestión Empresarial en la UE”, (...). Este plan refleja uno de los objetivos prioritarios de la Comisión en materia de armonización del mercado único y que puede verse como un reflejo de los objetivos definidos en la Estrategia de Lisboa. En efecto, la promoción de la eficacia y la competitividad de las empresas es, junto al refuerzo de los derechos de los accionistas y la protección de los terceros, uno de los objetivos que, a juicio de la Comisión, más necesitan de atención para conseguir y completar un marco dinámico en materia de Derecho de sociedades y de gobierno corporativo. Dicho marco es calificado de esencial para los inversores, para la profundización del mercado interior y la construcción de un mercado europeo de capitales verdaderamente integrado. El plan de acción de la comisión surge como respuesta al Informe del Grupo de expertos de alto nivel en Derecho de Sociedades”. Así tras un período de estancamiento la actividad legislativa en esta materia a nivel comunitario. Diversas razones aconsejaban un nuevo impulso normativo desde este nivel supranacional. Por un lado, la conveniencia de poner a disposición de las empresas mecanismos que facilitasen la efectiva libertad de establecimiento y las reestructuraciones intracomunitarias y, por otro, la necesidad de dotar un marco homogéneo para las entidades cotizadas que facilitase la integración de los mercados de capitales que sepa, aprovechar las potenciales ventajas de las nueva tecnologías”, afirma MARTÍ MOYA, V., op. cit. (*Armonización en materia de concentraciones intraeuropeas: la última directiva sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital*), pp. 299-300.

⁵⁸⁶ MAMBRILLA RIVERA, V., “Particularidades de la fase preparatoria y decisoria”, en Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2009, p. 882.

⁵⁸⁷ TORRALBA MENDIOLA, E., “Capítulo IV. Aspectos internacionales de las operaciones societarias”, en Adquisiciones de empresas, González Acebo & Pombo/Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 256, indica que el esquema vigente en la Unión europea, que obliga a diferenciar tres bloques normativos, o dos bloques normativos, y el resto de supuestos, “se hace acreedor de una primera crítica: puestos a regular fusiones transfronterizas con detalle, ¿por qué hacerlo sólo de las intracomunitarias? Hubiera tenido más sentido establecer un solo sistema aplicable tanto a supuestos intra como extracomunitarios, pues la mayor integración que se produce en el seno de la UE no parece que deba llevar a ignorar que también es posible la interacción económica fuera de ella y, sobre todo, que las operaciones mixtas, en las que junto a sociedades intracomunitarias actúen otras que no lo son, no son en absoluto

imprevisibles”, justificando no obstante el alcance intracomunitario de la Directiva 2005/56, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, al Espacio Económico Europeo en el mandato recibido por el legislador europeo en la colaboración registral. No obstante advierte que “hubiera sido posible establecer una regulación para el resto de supuestos, internacionales no comunitarios, que, partiendo del modelo de la Directiva, diera respuesta específica a problemas que la actuación en un contexto no armonizado pudieran plantear”.

⁵⁸⁸ Según su artículo 1 la Directiva se aplica “a las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio social, su centro de efectiva administración o su principal establecimiento dentro de la Comunidad, si al menos dos de ellas están sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes”; Los Estados miembros de la Unión Europea han pasado, desde su fundación, de 6 a 28, ostentando actualmente tal condición: Alemania (1952), Austria(1995), Bélgica(1952), Bulgaria(2007), Chipre(2004), Croacia(2013), Dinamarca(1973), Eslovaquia(2004), Eslovenia(2004), España(1986), Estonia(2004), Finlandia (1995), Francia(1952), Grecia(1981), Hungría(2004), Irlanda(1973), Italia(1952), Letonia(2004), Lituania(2004), Luxemburgo(1952), Malta (2004), Países Bajos(1952), Polonia(2004), Portugal(1986), Reino Unido(1973), República Checa(2004), Rumanía(2007) y Suecia(1995); Estados o países candidatos la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Islandia, Montenegro, Serbia y Turquía, y Candidatos potenciales Albania, Bosnia y Herzegovina y Kosovo; Afirma JIMÉNEZ DE PARGA, M., “No simplifiquemos Europa”, ABC, , de 23 de julio de 22002, p. 3(La Tercera), “la realidad que quiere describirse es, sin embargo, tan singular que necesitamos un nuevo concepto. Los tradicionales –por cierto, todo de origen europeo- no nos sirven para referirnos con propiedad un fenómeno que acredita otra vez a este pequeño Continente como el espacio de mayor efervescencia intelectual y política en la historia de la humanidad”; “la Unión europea es la potencia exportadora de normatividad en esta era global. Es una potencia normativa o reguladora global cuyas reglas, con indudables efectos extraterritoriales, contribuyen a la gobernabilidad de la sociedad global: Nuestra cultura grecorromana está vinculada a la fuerza de la norma como instrumento de resolución de los conflictos y de los problemas económico-sociales frente a la visión del poder militar”, afirma MANGAS MARTÍN, A. “La UE. De la periferia a actor global civil”, El Mundo del 17 de diciembre de 201, p. 23.

⁵⁸⁹ TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*), p. 821, indica que aquella Directiva “busca poner a disposición de las sociedades de capital de los diferentes Estados miembros que tienen necesidades de cooperación y reagrupamiento un instrumento jurídico -a través de la armonización de las legislaciones nacionales- que permita salvar las numerosas dificultades que existen, a nivel legislativo y administrativo, para realizar una fusión con el objetivo último de garantizar la realización y el funcionamiento del mercado interior”.

⁵⁹⁰ SEQUEIRA MARTÍN, A., “El concepto de fusión y sus elementos componentes”, en Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2009, p. 379.

⁵⁹¹ Una perspectiva general en MAMBRILLA RIVERA, V., op. cit. (*Particularidades de la fase preparatoria y decisoria*), pp. 864-881.

⁵⁹² El artículo 220 del Tratado de Roma, Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) hecho en Roma, el 25 de marzo de 1957, establecía que los Estados miembros realizarían entre sí, cuando sea necesario, negociaciones a fin de garantizar en favor de sus ciudadanos: “El reconocimiento recíproco de las sociedades de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2; el mantenimiento (o continuidad) de la personalidad jurídica en caso de traslado de un país a otro; y la posibilidad de fusión de sociedades sometidas o legislaciones nacionales distintas”, El texto era el siguiente: “In reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 58 alinéa 2, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes”, que fue derogado y se corresponde, en alguna medida con el contenido de las letras f) y g) del apartado 2 del actual artículo 50 TFUE, según las cuales A efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, mediante directivas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, correspondiendo, en particular, al Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión ejercer las funciones atribuidas: “f) aplicando la supresión progresiva de las restricciones a la libertad de establecimiento, en cada rama de actividad contemplada, tanto en lo que respecta a las condiciones de apertura, en el territorio de un Estado miembro, de agencias, sucursales o filiales, como a las condiciones de admisión del personal de la sede central en los órganos de gestión o de control de aquéllas; g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 54, para proteger los intereses de socios y terceros”

⁵⁹³ A su vez el artículo 54.3.g), de aquel Tratado se refería a la coordinación de las garantías que se exijan en los Estados miembros de la Comunidad a las sociedades en orden a la protección de los intereses de los socios y de los de terceras personas, regulándose las prácticas restrictivas y abusivas de la competencia, en sus artículos 85 y 86, a los acuerdos entre empresas y decisiones de asociación entre ellas, que pudieran perjudicar el comercio entre los Estados miembros y tuvieran por objeto o como efecto obstaculizar, limitar o falsear el juego de la competencia en el interior del Mercado Común.

⁵⁹⁴ Rapport introductif concernant le projet de convention sur le fusion internationale de sociétés anonymes, Bulletin des Communautés Européennes, Supplément 13/73, donde afirmaba. 32, lo siguiente: “La fusión no es solamente la forma jurídica más perfecta de concentración, puesto que una persona jurídica (moral) única sustituye a dos o más personas jurídicas (morales) preexistentes, haciendo coincidir así la unidad jurídica y la unidad económica de la empresa; puede presentar ventajas en cuanto al funcionamiento y la gestión de ésta, pues permite más que la toma de participación (al menos en ciertas circunstancias) la unidad de mando, la transmisión de las directrices y el de las informaciones, la racionalización de la producción y el reparto de ésta entre las diversas unidades industriales”, y en la p. 35, que “no siempre es posible regular la fusión internacional mediante la designación de una ley nacional competente, para determinar, según los casos, las condiciones, los mecanismos y los efectos. Las soluciones. A aplicar eran difícilmente divisibles, de suerte que no podían ser simplemente obtenidos para cada sociedad en la ley de la cual depende (...) en consecuencia, hacía falta combinar éste método de solución de conflictos con un cierto número de normas materiales uniformes aplicables a la fusión internacional. Pero incluso la uniformización, hasta la parcial, resulta difícil por la diferencias entre legislaciones nacionales relativas a la fusión interna, pues los Estados miembros podrán dudar sobre la admisión para las fusiones internacionales, de soluciones más amplias que cada uno de ellos conocía para la fusión interna”.

⁵⁹⁵ Terminado el Proyecto de convenio sobre el Reconocimiento Mutuo de las Sociedades y Personas Morales, un grupo de trabajo constituido por delegados de Estados miembros y por expertos de la Comisión, comenzó el 31 de marzo de 1965 los trabajos de elaboración de un proyecto de Convenio sobre fusión internacional de sociedades. Bajo la presidencia del profesor Berthold Goldman, participando representantes de la Dirección General del Mercado Interior, dependiente de la Comisión de las Comunidades, formulando observaciones el Secretariado de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya. En su Memorándum de 1 de diciembre de ese año 1965, la Comisión señaló que salvo en el caso de algunas escasas excepciones, desde el punto de vista económico, el tamaño de las empresas de los Estados miembros no correspondía ni a las exigencias del vasto mercado a que daba lugar la unificación progresiva de los mercados nacionales ni a las de la competitividad de aquellas empresas en la concurrencia de terceros Estados. Según la comisión, el Mercado Común, exigía empresas de talla, a fin de que las ventajas de la producción en masa y de la investigación científica y tecnológica aprovechen, sin restricción, a 180 millones de consumidores, por lo que numerosas empresas europeas deberían adaptarse al mismo, mediante su crecimiento interno o mediante “la fusión con otras empresas”.

⁵⁹⁶ En el otoño de 1972, tras siete años de trabajos, Goldman y su grupo de trabajo, presentó el “Proyecto de Convención sobre la fusión internacional de sociedades anónimas”, con un Informe Introductorio, en el que se exponían las ideas que motivaban el proyecto comunitario sobre fusiones, y que eran las siguientes. En primer lugar, las necesidades y planteamientos económicos del Mercado Común exigían la modificación de las estructuras y dimensiones de la mayoría de las empresas de los Estados miembros de la C.E.E., y la fusión internacional de empresas era un buen instrumento para lograr las dimensiones mejores u óptimas, pero se advertía que la fusión no era la panacea ni podía emplearse ilimitadamente y sin reservas, porque su utilización indiscriminada y masiva iría incluso contra objetivos comunitarios, en cuanto que haría perder su papel específico a las pequeñas y medianas empresas, favoreciendo la creación de posiciones dominantes, además de conllevar, entre otras consecuencias, sacrificios de los intereses de los trabajadores asalariados. En segundo, lugar la fusión era la forma jurídica más perfecta y deseable para la concentración de empresas, puesto que hacía coincidir las unidades económica y jurídica de las empresas fusionadas, sustituye por una a varias personalidades jurídicas, garantizando una más fluida y unificada gestión en comparación con los demás modelos de concentración empresarial. Entretanto, el 16 de mayo de 1970 la Comisión había presentado al Consejo una propuesta de Tercera Directiva. Con fecha 9 de octubre de 1978, el Consejo de Ministros de la Comunidad acordó aprobar la Tercera Directiva del Consejo, fundada en el art. 54, parágrafo 3, g) del Tratado relativa a la fusión de sociedades anónimas, que fue publicada en el Journal Officiel des Communautés Européennes el 20 octubre de 1978. En el Memorándum la Comisión afirmaba que “la creación de un mercado único para todos los productos, la libre circulación de las personas y los medios de producción en el interior del espacio comunitario no tiene como consecuencia solamente la ampliación de ventas de las empresas europeas e intensificar la consecuencia en el mercado de los seis. La unión económica así creada modifica profundamente los datos de la estrategia de las empresas comunitarias y les obliga a

revisar sus métodos, y con frecuencia, sus dimensiones, para adaptarse a las nuevas condiciones del Mercado común”.

⁵⁹⁷ Al formularse el proyecto no existía, entre los Estados miembros de la Comunidad ningún convenio, ni siquiera bilateral, sobre fusiones. Solamente el artículo 154 de la Ley francesa de 24 de julio de 1966 sobre sociedades comerciales, y del artículo 4.2.º del Convenio de La Haya de 1956 sobre el Reconocimiento de Sociedades, Asociaciones y Fundaciones, aludían siquiera indirectamente, a las fusiones transfronterizas.

⁵⁹⁸ DO C 23 de 25.1.1985.

⁵⁹⁹ PE/113303/JUR/FIN, A2/1987/186.

⁶⁰⁰ DOUE serie L núm. 294 de 10.11.2001.

⁶⁰¹ DOUE serie L núm. 294 de 10.11.2001.

⁶⁰² P. ej. España, Francia, Italia y Portugal.

⁶⁰³ P. ej. Alemania y Austria

⁶⁰⁴ DÍAZ GRIDILLA, P., “*Un supuesto de fusión transfronteriza; aproximación a la fusión entre sociedades de nacionalidad española y estadounidense*”, RDS núm. 29, 2007, p. 246. En LEXIDALE/BECH-BRUUN, op. cit. (Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive), apartado 3.2.1, “A New Era for Cross-Border Merger Transactions in the EU/EEA”, se indica lo siguiente: “Prior to the enactment of the Directive, three main methods for cross-border mergers existed: European company (SE) formation, seat transfer, and a non-harmonized merger. Cross-border mergers through the formation of an SE make use of the European company form. This option, however, is not regarded favorably because it requires the resulting company to be an SE, which is often viewed as cumbersome. Under the second option- a seat transfer- one first transfers the seat and then merges under domestic merger laws. Apart from being complex, however, this procedure can only be used between certain Member States (e.g., Greece, Cyprus, Malta, Italy, and France) because it is only available when national legislation allows cross-border seat transfers. Interestingly, the Supreme Court specifically ruled that cross-border seat transfers were permissible, and the procedure was carried out by the biggest bank in Greece in order to absorb a foreign subsidiary in France. According to the third option, it is possible to carry out a “non-harmonized” cross-border merger based on the case-law of the Court of Justice of the European Union (SEVIC). Yet, this option only became available on 2005 and there is a great deal of uncertainty concerning it. Legal advisors have used this mechanism for holding companies or shell companies, but refrain from using it for more complex transactions. The complexity of these methods has therefore rendered cross-border mergers costly and often outright impossible (...) Before the promulgation of the Directive, only Austria, France, Italy, Lithuania, Luxembourg, Portugal, and Spain allowed cross-border mergers without using methods such as setting up an SE. With the promulgation of the Directive and its transposition by the Member States, a new legal channel has opened. In that regard it should also be noted that part of the success is also due to the Tax Merger Directive, which solved main obstacles to cross-border mergers within the area of tax law”.

⁶⁰⁵ FALCON Y TELLA, M. J., op. cit. (*Conocimiento y fundamento de la validez del Derecho*), p. 142.

⁶⁰⁶ En ese sentido se mantiene, con moderación extrema, pero como resultado inevitable de la diversificación d la “soberanía” entre los diferentes Estados de la Unión europea, la exigencia de la “compatibilidad axiológica nacional”. En ese sentido TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Fusiones y OPAS transfronterizas*), p. 108.

⁶⁰⁷ Modificado por Reglamento (CE) núm. 885/2004 del Consejo de 26 de abril de 2004, Reglamento (CE) núm. 1791/2006 del Consejo de 20 de noviembre de 2006, y Reglamento (UE) núm. 517/2013 del Consejo de 13 de mayo de 2013.

⁶⁰⁸ DÍAZ GRIDILLA, P., op. cit. (*Un supuesto de fusión transfronteriza; aproximación a la fusión entre sociedades de nacionalidad española y estadounidense*), p. 246.

⁶⁰⁹ LARGO GIL, R., “*La constitución de la Sociedad Anónima Europea*”, RdS núm. 18, año 2002-1, p. 103, sobre la elaboración del Reglamento 2157/2001 pp. 106-108.

⁶¹⁰ Según precisa su artículo 19, “Incorporación al Derecho nacional”: “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la presente Directiva a más tardar el 15 de diciembre de 2007. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, en ellas figurará una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia”. Un panorama completo sobre la adaptación de las legislaciones internas o nacionales de los distintos Estados

miembros de la Unión Europea a la Directiva 2005/56, en un análisis general y artículo por artículo, así como sobre sus incidencias (no adaptación o adaptación incompleta o defectuosa), en LEXIDALE/BECH-BRUUN, op. cit. (*Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive*), pp. 147-174, y pp. 236-959, respecto de España pp. 890-913.

⁶¹¹ LEXIDALE/BECH-BRUUN, op. cit. (*Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive*), apartado, 3 (Main Benefits of the Directive), pp. 6-9, las siguientes ventajas: “3.1. Opening the Internal Market (“Before the transposition of the CBMD, only a few Member States enacted legislation dealing with the possibility of cross-border mergers or allowed such transactions without specific legislation. To effectively merge across borders, companies had to go through cumbersome processes fraught with uncertainty, costs, and delays”); 3.2. Cutting Down on Operational and Organizational Costs (A group reorganization provides value to the companies involved in the form of cutting down on organizational and operational costs of separate entities. It also provides other strategic and business value brought about by the leaner operational model); 3.3. Reducing Regulatory Costs (Regulation is an important and inescapable aspect of the modern business environment. However, companies operating in more than one country may be subject to multiple regulatory reporting duties and other overlapping requirements that could be costly to implement and bring about little—if any—value to the public. In regards to these costs, an important benefit of the Directive is that it paved the way for companies to avoid excessive costs by merging across borders, thus reducing their regulatory obligations to one regulator, at least in some aspects of their operation. This has the added benefit that only one Member State, rather than two, needs to supervise those companies); 3.4. Reducing Agency Costs (“The CBMD addresses conflicts that may arise between the various stakeholders (shareholders, creditors, employees) in a standardized way. This reduces the need for stakeholders to design specific conflict resolution mechanisms. Furthermore, the reporting duties that are required in the case of a proposed merger provide stakeholders with information that previously could only have been received through costly processes. The standardized solution reduces these expenses”); 3.5. Procedural Simplification (“Prior to the transposition of the Directive, companies could merge across borders only through cumbersome, unreliable, or costly processes. For example, one could set up a European SE that would incorporate both companies, or carry out a cross-border seat transfer followed by a domestic merger. Such a process, however, was not clearly regulated, was costly in terms of setting up an SE, and added an artificial construct—the SE—which might not have been oriented with the business goals of the companies involved. The Directive provides a simplified procedure, which saves on many of those costs”).

⁶¹² Indica SEQUEIRA MATÍN, A., op. cit. (*La fundación de una sociedad anónima mediante fusión por creación de una nueva sociedad*), p. 916, que “no ha sido siempre sin embargo la fusión una figura admitida por todos los ordenamientos (se ignoró en Francia su regulación sistemática hasta la reforma de la legislación de sociedades de 1966-67 y nuestro propio ordenamiento no ofreció una regulación de ella en los textos codificados, que sólo la mencionaban -art. 175 CCo. de 1885-, o bien lo hacía tan sólo mínimamente para determinada clase de sociedades como eran las Compañías de obras públicas y ferrocarriles -arts. 188 y 189 CCo-), ni cuando era contemplada se recogían ambas modalidades en todos los ordenamientos (así el HGB de 1897 al regular la fusión como una modalidad de la cesión de patrimonio en bloque -artículos 303 a 308- llevaba a excluir del concepto a la fusión por constitución). Y hasta aún hoy han perdurado ordenamientos que ignoraban esta técnica de concentración de empresas (por ej. El Reino Unido, Irlanda y Holanda que ha procedido recientemente a su regulación a través de la ley de enero de 1983), si bien la promulgación de la III Dir. sobre fusión de sociedades de 9 de octubre de 1978 exigiendo no sólo la armonización de todos los ordenamientos comunitarios con respecto a su contenido, sino también que los que no tenían reconocida la figura de la fusión lo hicieran en sus dos modalidades de fusión por absorción y fusión por constitución (art. 2 y ss. III Dir.), acabará produciendo una aproximación de todas las legislaciones comunitarias tanto en lo que al régimen jurídico de la fusión se refiere como en lo que afecta a la admisión de ambas clases de modalidad con las que se puede presentar”.

⁶¹³ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME), modificada por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, que, a su vez, derogó el Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, del mismo título.

⁶¹⁴ LARGO GIL, R., “La fase previa y el proyecto de fusión” en Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2009, p. 426, que precisa “de modo que los “virus” surgen en las diversas fases que componen el procedimiento de la fusión de carácter doméstico”.

⁶¹⁵ BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., op. cit. (*Manual de Derecho Mercantil*), p. 568 y 578, que precisan en la primera de aquellas páginas: “En este sentido, no cabe duda de que la existencia de normas internas similares en materia de fusión en cada uno de los Estados miembros de la UE facilita las fusiones a

nivel comunitario. No es de extrañar, en consecuencia, que bastantes de las novedades previstas por la LME para la fusión (interna) provengan de la Directiva 2005/56/CE, relativa a las fusiones transfronterizas, que también incorpora (...) la LME”, y en la segunda: “En concreto los artículos 54 a 68 de la LME se ocupan de esta importante figura, que habrá de facilitar notablemente llevar cabo operaciones de fusión en las que se vean involucradas sociedades sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, operaciones que hasta la fecha, tropezaban con múltiples dificultades. Al propio tiempo la LME incorpora, para la fusión interna, bastantes de las soluciones previstas en la Directiva 2005/56/CE para la fusión transfronteriza, lo que indudablemente fomenta la posibilidad de las fusiones transfronterizas”.

⁶¹⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, J., op. cit. (*Modificaciones estructurales ante la Propuesta de Código Mercantil*), p. 2.

⁶¹⁷ TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*), p. 831-832, y en “Fusiones y Opas Transfronterizas”, Thomsom-Aranzadi S.A. Cizur Menor (Navarra) 2007, pp. 90-95.

⁶¹⁸ AGUILAR NAVARRO, M., “*Derecho Internacional Privado*”, v. I., t. II. Parte segunda (segunda reimpresión a la 3ª edición), Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid 1982, pp. 32-33 y 187-190.

⁶¹⁹ También en los artículos 73.2, 84 y 94.2.

⁶²⁰ SABIDO RODRÍGUEZ, M. “*Límites a la autonomía de la voluntad y Derecho Internacional de Sociedades: Modificaciones estructurales de sociedades*”, en Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado, consejo General de Notariado-Wélters Kluwer España, S.A., Madrid 2012, p. 124.

⁶²¹ TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*), p. 811.

⁶²² En nuestro sistema jurídico hasta la regulación efectuada en el artículo 27.2 (“Régimen jurídico de la fusión”) y en el capítulo II (“De las fusiones transfronterizas intracomunitarias”), del título II (“De la fusión”) de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, había de estarse al contenido del artículo 9.11, segundo apartado, CC a cuyo tenor, “*en la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales*”.

⁶²³ Sobre la diferenciación entre “analogía legis” y “analogía iuris”, FALCON Y TELLA, M. J., “*El argumento analógico en el Derecho*”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1991, especialmente pp. 135-144.

⁶²⁴ Por más que se pueda sostener, siguiendo a FIGA FAURA, L., “*Lógica, Tópica y Razonamiento Jurídico*”, AARAJL, Madrid 1993, pp. 178, que “la deliberación jurídica es, esencialmente, interpretación”.

⁶²⁵ Como precisa TAPIA HERMIDA, A. J., “*Aspectos jurídico-mercantiles de la fusión transfronteriza de sociedades anónima cotizadas. Apuntes sobre un caso reciente desde la perspectiva del Derecho español*”, RdS, núm. 12, año 1999-1, p. 138, y que añade, en 139, “se ha entendido que la aplicación distributiva supone la aplicación de la ley nacional respectiva al aspecto corporativo interno, esto es, a despejarlas incógnitas sobre si es posible la fusión, si requiere el consentimiento de todos los socios o es suficiente el acuerdo mayoritario, si los socios disconformes ostentan o carecen de derecho de separación, etc.; mientras que los efectos quedarían sometidos a las diversas leyes implicadas según se tratase de proteger a los acreedores (que debían regirse por la ley nacional de la sociedad absorbida) o a los efectos derivados de la sucesión universal o a los requisitos de la consumación de la fusión (que debían regirse por la ley nacional de la sociedad absorbente)”; TORRALBA MENDIOLA, E., op. cit. (*Capítulo IV. Aspectos internacionales de las operaciones societarias*), en relación con el artículo 9.11 CC, afirma que “desde la perspectiva subjetiva el punto de partida era que cualquier tipo societario podía fusionarse, ya fuera una sociedad de capital o una sociedad personalista, si bien parece lógico pensar que las primeras serían, por su propia naturaleza, las más proclives a llevar a cabo una operación de estas características. Desde el punto de vista de la normativa aplicar a la sociedad española participante en la operación había que tener en cuenta la necesidad de realizar una doble adaptación: por un lado, y dado que la única ley que establecía reglas para la fusión de sociedades era la ley de sociedades anónimas, debía ser lo previsto en ésta lo que se aplicara, en segundo lugar incluso cuando la sociedad española que se fusionara no fuera anónima y, en segundo lugar, puesto que las normas, en materia de fusión de la ley de anónimas eran reglas destinadas a regular los supuestos internos, se hacía necesario adaptar lo previsto para tales casos a las necesidades y características de una fusión internacional”.

⁶²⁶ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 303.

⁶²⁷ Es preciso recordar que ya con anterioridad a la vigencia de la Directiva 2005/56, la STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, SEVIC Systems AG, estableció, que “el hecho de denegar de manera general, en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil de una fusión entre una sociedad establecida en dicho Estado y una sociedad cuyo domicilio social esté situado en otro Estado miembro produce el resultado de impedir la realización de fusiones transfronterizas”, fallando que “los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a que, en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil nacional de la fusión por disolución sin liquidación de una sociedad y por transmisión universal de su patrimonio a otra sociedad se deniegue de manera general cuando una de las dos sociedades tenga su domicilio social en otro Estado miembro, mientras que una inscripción de ese tipo es posible, respetando ciertos requisitos, cuando las dos sociedades que participan en la fusión tienen su domicilio social en el territorio del primer Estado miembro.

⁶²⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 304, que añaden, no obstante se no se podrán aplicar, como es lógico, las normas del capítulo II que se dan más permisivas que el régimen general (...). Respecto de la coordinación procedimental, será necesaria una cierta cooperación internacional, tanto desde el punto de vista documental como registral. Para poder seguir un sistema semejante al impuesto por la LME, será necesario que se pruebe el cumplimiento de la legislación extranjera respecto del procedimiento de cada sociedad, lo que implicará que exista una cierta equivalencia institucional”.

⁶²⁹ Dándose la identidad de razón requerida, como precisa FALCON Y TELLA, M. J., op. cit. (*El argumento analógico en el Derecho*), p. 96, que, por la vía misma de la identidad, mejor que de la equivalencia, exige la aplicación de la ley de la “ley de indiscernibilidad de los idénticos”, a la que alude GARCÍA TREVÍJANO, C., op. cit. (*El arte de la Lógica*), pp. 144-145, según la cual “todo lo que se puede predicar de una cosa se puede predicar de lo que se identifique con ella ($\wedge x \wedge (x=y \rightarrow \wedge (Px \leftrightarrow Py))$). Literalmente: para todo individuo x y para todo individuo y, si ambos son idénticos entonces todo predicado que convenga a uno le conviene al otro y viceversa”; También LOIS ESTÉVEZ, J. op. cit. (*Nueva versión sobre el Derecho*), pp. 58-59, alude la “indiscernibilidad como equivalente a la igualdad; Sobre la extensión de la igualdad a los predicados, HAAK, S., “*Filosofía de las Lógicas*”, Ediciones Cátedra, Madrid 1978, pp. 80-86 y, 266; Es especialmente criticable la alusión a la “racionalidad limitada o disminuida” del Derecho que efectúa el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 164/2002, de 17 de septiembre de 2002, al firmar lo siguiente: “Es necesario partir de la idea de que la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar (...) que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”; “El concepto de racionalidad es, manifiestamente, uno de los conceptos centrales de la filosofía y posiblemente incluso su concepto central”, afirma ATIENZA, M. “*Contribución a una teoría de la legislación*”, Editorial Civitas, S. A., 1977, p. 81.

⁶³⁰ TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*), p. 825.

8. CONCEPTUALIZACIÓN, NATURALEZA JURÍDICA, Y NOTAS ESENCIALES DE LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

La noción de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, es deudora del concepto general de fusión⁶³¹, institución cuya importancia en el panorama económico actual es más que evidente (*“es conveniente introducir en el Derecho de todos los Estados miembros la institución de la fusión”*⁶³²) y cuya normativa general se le aplica supletoriamente respecto de su normativa específica⁶³³.

Hay que partir de la idea de que *“la fusión supone la agrupación de varias sociedades en una sola, que reúne patrimonios y socios de las demás que desaparecen tras la operación”*⁶³⁴, elaborándose una noción encaminada a definir conceptualmente la fusión transfronteriza de sociedades anónimas. Esa noción tras partir de la idea expuesta ha de centrarse en su carácter transfronterizo⁶³⁵.

El concepto de fusión ha sido formulado normativamente⁶³⁶, atendiendo a las características esenciales, estructurales y funcionales del instituto, que no se alteran sustancialmente en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Por ello las definiciones legales regionales (de la Unión Europea) y nacionales que consideren expresamente la participación extranjera en la fusión, deben constituir el referente razonable para poder establecer un concepto de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

Tanto la delimitación subjetiva (con diversidad de nacionalidades) de la fusión (transfronteriza) como sus efectos y el proceso mismo de fusión contribuyen de manera decisiva a construir aquel concepto⁶³⁷, por lo que necesariamente han de ser tomados en consideración y aludidos en la búsqueda de un concepto de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, sin perjuicio de su detenido estudio y desarrollo.

8.1. El concepto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

El concepto general de “fusión transfronteriza de sociedades anónimas” que se propone en la presente Tesis se obtiene a partir de las normativas y legislaciones supranacionales ejemplares más amplias y extendidas, aquellas que lideran las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas⁶³⁸ globalmente, al no existir una regulación de alcance general mundial.

Dichas normas son la Model Business Corporation Act⁶³⁹ (teniendo que tenerse en consideración necesariamente, por motivos de complementariedad, la Delaware General Corporation Law⁶⁴⁰) y la Directiva de Fusiones Transfronterizas (si bien esta, según el criterio de integración antes expuesto, obliga inexcusablemente a tomar también en

consideración los conceptos y contenidos de la Directiva 2011/35/UE⁶⁴¹, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas de la Unión Europea).

8.1.1. El concepto de fusión transfronteriza según la Model Business Corporation Act.

La Model Business Corporation Act ofrece un concepto de fusión semánticamente unificado por más que englobe una dualidad clasificatoria “merger-consolidation”, como se desarrolla en los apartados posteriores.

8.1.1.1 Delimitación.

Según la sección 11.01 (a) de la Model Business Corporation Act, “fusión” significa⁶⁴² “una combinación de negocios de conformidad con lo previsto en la sección 11.02”.

A su vez, a tenor de la citada sección 11.02 resulta que “(a) Una o más corporaciones mercantiles nacionales pueden fusionarse con una o más corporaciones mercantiles nacionales o extranjeras, (...) en orden a un proyecto de fusión, o dos o más corporaciones mercantiles extranjeras o nacionales o entidades elegibles extranjeras pueden fusionarse en una nueva corporación mercantil nacional que será creada en la fusión en la forma prevista en este capítulo. (b) Una corporación mercantil extranjera, (...), puede ser parte de una fusión con una corporación mercantil nacional, o puede ser creada en los términos del proyecto de fusión, solo si la fusión está permitida para la corporación mercantil extranjera o entidad elegible”⁶⁴³.

La MBCA, por una parte, remite el núcleo de la definición de fusión al Derecho Mercantil Contable al considerar la fusión como una “combinación de negocios”, y por otra parte abunda en la clasificación bimembre de fusión por absorción y fusión por constitución de una nueva sociedad, normalizando y posibilitando esa concepción respecto de la participación de una entidad extranjera en el proceso, con el único límite de que la ley aplicable a la sociedad extranjera permita su fusión⁶⁴⁴.

El Comentario Oficial a aquella sección precisa que, en general, la sección 11.02 autoriza fusiones entre una o más sociedades nacionales o entre una o más corporaciones nacionales y una o más corporaciones extranjeras o entidades elegibles nacionales o extranjeras. A partir de la efectiva fecha de la fusión la entidad superviviente se consolida con todos los activos de las sociedades o entidades elegibles que se fusionan dentro de la superviviente y adquiere sus responsabilidades, como se estipula en la sección 11.07.

El Comentario Oficial también indica que “una fusión de una sociedad nacional con una extranjera u otra entidad extranjera se autoriza en el capítulo 11 sólo si la fusión está permitida por la ley bajo la cual la sociedad extranjera u otra entidad está organizada, y, en la realización de la fusión, la

corporación empresarial extranjera u otra entidad cumple con dichas leyes. Si y en qué términos una sociedad extranjera u otra entidad extranjera está autorizada para fusionarse con una entidad nacional es una cuestión que está gobernada por las leyes conforme a las que tal sociedad o entidad está organizada o sujeta y por el capítulo 11”⁶⁴⁵.

Lo anterior no obsta para que la regulación del Capítulo 11 de la MBCA tenga ciertos efectos tanto directos como indirectos sobre las entidades extranjeras participantes en la fusión.

En este sentido, el Comentario Oficial indica en relación con dichos efectos directos que *“por ejemplo, la sección 11.07.(d) establece que desde el momento en el que una fusión devenga eficaz, un sociedad extranjera u otra entidad que sea la entidad superviviente de la fusión podrá designar al secretario de estado como su agente para la recepción de notificaciones o diligencias en un proceso para ejecutar los derechos de los accionistas de cada sociedad nacional que sea parte de la fusión, para ejercitar derechos referidos a la valoración y para acordar que, sin demora, abonará a los accionistas la cantidad, en su caso, a la que tuvieron derecho conforme al capítulo 13”*. Igualmente en relación con los efectos indirectos, dicho Comentario Oficial indica que *“ciertas disposiciones del capítulo 11 tienen un efecto indirecto en una sociedad extranjera u otra entidad extranjera que se propone realizar o realiza una fusión con una sociedad nacional, porque establecen condiciones en relación a la eficacia y efecto de la fusión”⁶⁴⁶.*

Adicionalmente la subsección (b.1) de la sección 11.02 prevé la aplicación analógica imperfecta de las disposiciones del capítulo 11 para el supuesto de que el derecho aplicable a una entidad extranjera participante en un fusión transfronteriza no regulase previsiones para la aprobación de la fusión, pudiéndose adoptar y aprobar un plan de fusión, la fusión efectuarse y los derechos de valoración ejercitarse. De esta forma, a los efectos de considerar la participación de la entidad extranjera en el proceso de fusión y la aplicación de las previsiones de los capítulos 11 y 13 de la MBCA, dicha norma prevé la consideración como nacionales de la entidad participante, sus socios, interesados y documentos orgánicos, considerados como un todo, a los objetos de aprobación de la fusión, la adopción y aprobación del plan de fusión, la realización de la fusión y el ejercicio de los derechos de valoración. Igualmente dicha norma prevé que en el caso de que no existiere una coincidencia entre las personas que gestionan el negocio de la entidad y sus socios o tenedores de intereses, aquéllos se considerarán que constituyen el consejo de administración.

Con carácter general, a la hora de determinar los rasgos o elementos definitorios de la fusión, el capítulo 11 MBCA *“no impone prácticamente restricción o limitación alguna en los términos o condiciones de una fusión (pero) requiere que los términos y condiciones sean establecidos en el proyecto de fusión”⁶⁴⁷*. Esta circunstancia permite afirmar el carácter flexible con que la MBCA delimita esta modificación estructural, posibilitando acuerdos de fusión con múltiples alternativas de contenido que se adaptarán a las necesidades de las corporations. Dicha circunstancia podría facilitar aquellas fusiones transfronterizas en las que el ordenamiento aplicable a la entidad fusionada extranjera impusiera determinados requerimientos que debieran cumplirse cumulativamente a los recogidos en la propia MBCA.

8.1.1.2. “Merger” y “consolidation”.

La dualidad clasificatoria, fusión por absorción y fusión por constitución de una nueva sociedad (“*statutory merger*”), sufre una alteración que es meramente semántica y no pretende alcanzar efectos sustantivos cuando a la última de las citadas se le denomina “consolidation”⁶⁴⁸ (“*merger*” supone la incorporación de la(s) sociedad(es) anónima(s) a la sociedad superviviente, en tanto que “*consolidation*” supone la constitución de una nueva sociedad por las sociedades fusionadas, operándose ambos supuestos mecanismos extintivos de cada una las sociedades fusionadas no supervivientes o que no son la nueva entidad⁶⁴⁹). La norma que instituyó inicialmente dicha diferenciación semántica fue la Delaware General Corporation Law (también “**Delaware GCL**”). La Delaware GCL es la “gran competidora” de la Model Business Corporation Act y también ha tenido indudable éxito en cuanto al seguimiento de su propuesta de clasificación dual (merger vs. consolidation)⁶⁵⁰. No obstante, no puede decirse que haya una prevalencia de una u otra norma en cuanto al seguimiento de una u otra propuesta por lo que no siempre se mantiene aquella dualidad y se pasa a utilizar únicamente el término “merger”⁶⁵¹.

La Delaware GCL, regula la fusión y la consolidación fundamentalmente en sus secciones 251 (Merger or Consolidation of Domestic Corporations) y 252 (Merger or Consolidation of Domestic and Foreign Corporations; Service of Process Upon Surviving or Resulting Corporation).

Según establece Sección 251.(a)⁶⁵² cualesquiera dos o más corporaciones existentes según la ley de aquel Estado pueden fusionarse en una sola corporación, que puede ser cualquiera de las fusionadas o consolidarse en una nueva corporación constituida por la consolidación, mediante un acuerdo de fusión o consolidación, según corresponda, que se efectúe cumpliendo con y que resulta aprobada conforme a lo establecido al respecto en la propia Sección.

A su vez, la Sección 252.(a) establece, en relación con las fusiones transfronterizas, que una o más corporaciones constituida de conformidad con las leyes de este Estado (léase Delaware) pueden fusionarse o consolidarse con 1 o más corporaciones organizadas de conformidad con las normas de otra jurisdicción distinta de la de los Estados Unidos si las normas aplicables a dichas corporación o corporaciones permiten a una corporación de dicha jurisdicción fusionarse o consolidarse con una corporación de otra jurisdicción⁶⁵³.

Como hemos mencionado, la citada dualidad clasificatoria no implica *per se* una diferenciación en la regulación jurídico positiva, que es de carácter constante para ambos supuestos.

8.1.2 El concepto de fusión transfronteriza en la Directiva de Fusiones Transfronterizas.

El concepto de fusión transfronteriza que se infiere de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, se ve directamente afectado y condicionado por el contenido de la Directiva 2011/35/UE, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas de la Unión Europea, a la que se debe, por tanto, aludir por consideraciones de orden método lógico y sistemático ⁶⁵⁴, como indicamos posteriormente.

8.1.2.1. Delimitación del concepto fusión en la Directiva de Fusiones Transfronterizas.

La delimitación del concepto “fusión” que ofrece la Directiva de Fusiones Transfronterizas⁶⁵⁵, se recoge en su artículo 2.2, cuando indica que la “fusión” es “la operación” mediante la cual:

- (i) una o varias sociedades transfieren a otra sociedad ya existente -la sociedad absorbente-, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos o participaciones representativos del capital social de la otra sociedad y, en su caso, de una compensación en efectivo que no supere el 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de dichos títulos o participaciones; o
- (ii) dos o más sociedades, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, transfieren a una sociedad constituida por ellas - la nueva sociedad - la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos mediante la atribución a sus socios de títulos o participaciones representativos del capital social de esta nueva sociedad y, en su caso, de una compensación en efectivo que no supere el 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de dichos títulos o participaciones; o
- (iii) una sociedad transfiere, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo a la sociedad que posee la totalidad de los títulos o participaciones representativos de su capital social.

La compensación en dinero de hasta el 10% a que se refiere el apartado (i) anterior (conforme recoge el art. 2.2 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas) no debe considerarse como un elemento determinante o excluyente (en el caso de que no se cumpliese) para la aplicabilidad de la citada norma ya que ésta, en su art. 3.1 indica que la “Directiva (de Fusiones Transfronterizas) se aplicará también a las fusiones transfronterizas cuando

la legislación de al menos uno de los Estados miembros afectados permita que la compensación en efectivo, supere el 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de los títulos o participaciones que representen el capital de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza”.

Asimismo, establece el artículo 5 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, abundando en elementos del concepto “fusión”, que el proyecto de fusión habrá de indicar “b) la proporción aplicable al canje de los títulos o participaciones del capital social y, en su caso, el importe de cualquier pago en efectivo, que se corresponde con el artículo 5.2 (y por emisión al mismo el 23) de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas de la Unión Europea, según el cual el proyecto de fusión deberá contener “b) la relación de canje de las acciones y, en su caso, el importe de la compensación en dinero”. En ambas modalidades se admite la posibilidad por la Directiva de Fusiones Transfronterizas de que se produzca la fusión de sociedades en liquidación, al indicar que *“la legislación de un Estado miembro podrá prever que la fusión por absorción pueda tener lugar igualmente cuando una o varias de las sociedades absorbidas estén en liquidación, con tal de que esta posibilidad solo se otorgue a las sociedades que aún no hayan comenzado el reparto de sus activos entre sus accionistas”* (artículos 3.2 y 4.2).

En la delimitación de la fusión transfronteriza de sociedades de capital, la Directiva 2005/56/CE, no incluye referencia alguna a la “sucesión de empresa” o laboral, que sin embargo enuncia con consecuencias trascendentes en su artículo 14.4, según el cual *“los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza se transferirán, en razón de este hecho, a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto”*. La doctrina no ha dado importancia delimitadora de la fusión transfronteriza de sociedades de capital a esa “sucesión de empresa” o “sucesión laboral”, aun cuando la hubiera destacado en el Proyecto de la citada norma aludiendo a que éste ofrecía *“algunas tendencias de interés. Así en el aspecto empresarial y económico a efectos del personal desde la empresa”*⁶⁵⁶, y ciertamente aquel proyecto de Directiva se ocupaba de la “participación” de los trabajadores en la sociedad-empresa resultante de la fusión, en su artículo 14⁶⁵⁷, lo cual presumía la existencia y operatividad de la “sucesión de empresa” o sucesión laboral, a la que no se aludía expresamente y se dejaba a la regulación comunitaria laboral y consecuente nacional⁶⁵⁸.

Pero a la altura de la elaboración del proyecto de Directiva ya se era consciente de la importancia del fenómeno sucesorio laboral, y así aquel proyecto de Directiva, en su exposición de Motivos, dedicaba su apartado 3.3 a *“la participación de los trabajadores en una perspectiva de coordinación del Derecho de sociedades”*, en términos sucesorios laborales⁶⁵⁹, y se aludía a la *“sucesión de empresa o sucesión laboral”* indirectamente con ocasión al comentario del artículo 2⁶⁶⁰. La importancia de la asunción de la condición de empresario o empleador por la sociedad resultante de la fusión, ha asumido transcendencia económica y mercantil desde la perspectiva de la continuidad de la “empresa”, excediendo la exclusivamente laboral como protectora del trabajador, y encaminada al mantenimiento de la estabilidad en el

empleo. Confirmación de esa circunstancia es que el texto definitivo finalmente aprobado de la de la Directiva acoge aquella “sucesión de empresa o sucesión laboral”. Por ello debe de ser considerada el concepto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

8.1.2.2. Dualidad del concepto fusión (fusión por absorción vs. fusión por constitución de una nueva entidad) o pluralidad de tipos.

El artículo 2 de la Directiva 2011/35/UE relativa a las fusiones de las sociedades anónimas de la Unión Europea determina que las fusiones de sociedades anónimas han de ordenarse u “organizarse” legislativamente, atendiendo al modelo bímembre clasificatorio, conforme a los siguientes tipos de sistemas: (i) “fusión por absorción de una o varias sociedades por otra sociedad”; y (ii) “fusión por constitución de una nueva sociedad” (“Verschmelzung durch Aufnahme”/“Verschmelzung durch Neugründung”).

La primera de ellas, no obstante ser considerada “fusión impropia” o “por incorporación”, es la más utilizada, frente a la segunda de ellas, que se considera “fusión propia” o “fusión en sentido estricto”.

La “fusión propia” o “en sentido estricto” implicará que la sociedad resultante de la fusión tendrá una identidad completamente nueva, en tanto que en la “fusión impropia” o “por incorporación” se mantiene o se asume la identidad de una de las sociedades participantes en la fusión, consideración que mantiene un acusado paralelismo con “merger” y “consolidation”, al referirse “merger” a la incorporación de las sociedades participantes en la fusión a una de las participantes en el proceso de fusión, y “consolidation” a la creación de una nueva sociedad “ad hoc” en la que se “fusionan” (en el sentido etimológico del término⁶⁶¹) las sociedades participantes en el proceso de fusión.

Este dualismo clasificatorio tradicional⁶⁶² que, en línea con los ordenamientos que a sus anteriores y su actual versión⁶⁶³, hubieron de adaptarse⁶⁶⁴ establece, en sus artículo 3 y 4, los siguientes conceptos:

- (i) *“Se considerará “fusión por absorción” la operación por la cual una o varias sociedades transfieren a otra, como consecuencia de una disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente mediante la atribución a los accionistas de la o las sociedades absorbidas de acciones de la sociedad absorbente y, eventual-mente, de una compensación en dinero que no supere el 10 % del valor nominal de las acciones atribuidas o, a falta de valor nominal, de su valor contable” (artículo 3.1);*
- (ii) *“Se considerará “fusión por constitución de una nueva sociedad” la operación por la que varias sociedades transfieren a una sociedad que constituyen, como consecuencia de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente mediante la atribución a sus accionistas de acciones de la nueva sociedad y, eventualmente, de una*

compensación en dinero que no supere el 10 % del valor nominal de las acciones atribuidas o, a falta de valor nominal, de su valor contable” (artículo 4).

En igual sentido, en el marco regulatorio de la Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea), el artículo 17 del Reglamento 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (en adelante, indistintamente, **“Reglamento SAE” o “Reglamento 2157/2001”**), podrá constituirse una SE mediante fusión, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 2. Conforme a dicho artículo, las sociedades anónimas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que tengan su domicilio social y su administración central en la Comunidad, podrán constituir una SE mediante fusión, siempre que al menos dos de las sociedades participantes en el procedimiento de fusión estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes. En este caso, la fusión puede realizarse:

- (i) *“Bien con arreglo al procedimiento de fusión por absorción” (art. 17.2.a); o*
- (ii) *“Bien con arreglo al procedimiento de fusión por constitución de una nueva sociedad (art. 17.2.b)”.*

De tal manera que *“en caso de fusión por absorción, la sociedad absorbente adoptará la forma de SE simultáneamente a la fusión. En caso de fusión por constitución de una nueva sociedad, la SE será la nueva sociedad”.*

Esta dualidad clasificatoria se altera, desde luego formalmente, en la Directiva de Fusiones Transfronterizas, al añadir a los dos tipos de fusiones indicados un tercero, consistente en que *“una sociedad transfiere, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo a la sociedad que posee la totalidad de los títulos o participaciones representativos de su capital social”.* En este sentido, la propia propuesta de la Directiva⁶⁶⁵ se aludía a ese extremo⁶⁶⁶ indicándose que *“en el artículo 1 figuran las definiciones pertinentes al ámbito de aplicación de la Directiva. La definición de la fusión por absorción y de la fusión por constitución de una nueva sociedad figura en la Directiva 90/434/CEE que contempla también la fusión de sociedades de Estados miembros diferentes y otras formas de sociedad distintas de la sociedad anónima. Esta definición se ajusta a la que figura en la Directiva 78/855/CEE relativa a las fusiones internas de las sociedades anónimas”.*

En el articulado de la Directiva de Fusiones Transfronterizas se aludía a los tres subtipos que, finalmente permanecieron inalterados en norma finalmente adoptada. Por lo que podría entenderse atendiendo a los criterios de interpretación usuales que se trababa de una interpretación auténtica o semiauténtica⁶⁶⁷ del propio legislador, que fue acogida doctrinalmente⁶⁶⁸. No obstante la cuestión de si constituye un nuevo tipo o realmente se puede considerar un subtipo de la fusión por absorción, es cuestión opinable. Sin embargo, parece que se trata de un subtipo de la fusión por absorción si atendemos al parámetro fundamental (legal) al que atiende aquella dualidad clasificatoria.

8.1.2.3. Reconducción clasificatoria.

La Directiva de Fusiones Transfronterizas ofrece un concepto de fusión, aparentemente disgregado, pero realmente único, previa la realización de una serie de acotaciones.

En primer lugar se produce una acotación relativa a los posibles sujetos intervinientes en aquella “fusión transfronteriza”, que limita los sujetos intervinientes en la fusión transfronteriza a las *“sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio social, su centro de efectiva administración o su principal establecimiento dentro de la Comunidad, si al menos dos de ellas están sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes”*. La referencia a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas de que realiza la Directiva es, por tanto, homogénea en cuanto a que en dicha operación solamente participan, por hipótesis⁶⁶⁹, sociedades por acciones o anónimas.

La Directiva de Fusiones Transfronterizas establece que su ámbito subjetivo de aplicación es el de las “sociedades de capital”. Las sociedades de capital son definidas por el art. 2.1 a los efectos de la citada norma por remisión a la Directiva 68/151/CEE que en su artículo 1, donde quedan, por supuesto, incluidas las sociedades anónimas⁶⁷⁰ así como, según indica en su apartado (b) *“cualquier otra sociedad con capital social que goce de personalidad jurídica, que posea un patrimonio separado que responda por sí solo de las deudas de la sociedad y sujeta por su legislación nacional a condiciones de garantías tales como las previstas por la Directiva 68/151/CEE para proteger los intereses de socios y terceros”*.

Adicionalmente, desde una perspectiva de delimitación subjetiva, el art. 3.2 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas indica que la aplicación de la misma a las fusiones transfronterizas cuando participa una *“sociedad cooperativa, incluso cuando ésta se vea cubierta por la definición de «sociedad de capital»”* resultará opcional para cada Estado. España ha optado por excluir a sus sociedades cooperativas de la aplicación de la Directiva de Fusiones Transfronterizas en eventuales operaciones de tales características⁶⁷¹.

Finalmente, el art. 3.3 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas excluye de su ámbito objetivo de aplicación a las fusiones en la que participe una *“sociedad cuyo objeto sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público y cuyo funcionamiento esté sometido al principio de reparto de los riesgos cuyas participaciones, a petición del tenedor de las mismas, se readquieran o se rescaten, directa o indirectamente, con cargo a los activos de dicha sociedad”*.

Esta referencia de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, a tal tipología societaria, de forma abierta⁶⁷², no altera la afirmación de la posibilidad de fusiones de grupos de sociedades anónimas-empresas “policorporativos” o “polisocietarios” siempre que la fusión se lleve a efecto participando en la mismas todas o alguna(s) de las sociedades que componen ese “grupo de empresas” o “unidad empresarial” hacia “fuera del propio grupo” y la fusión se lleve a efecto con “sociedades anónimas pertenecientes a otro grupo”,

o de fusiones intragrupo, dentro del mismo grupo, participando todas o solamente algunas de las sociedades anónimas que componen el grupo, con el efecto posible tanto en un caso como en otro de la desaparición o subsistencia del grupo.

En todo caso, ha de destacarse que la dualidad clasificatoria⁶⁷³ tiene cierto aire taxonómico, pero puede y debe reconducirse a una unidad⁶⁷⁴, incluso aun cuando se establezca distintas regulaciones en función de la citada clasificación⁶⁷⁵, al tratarse del mismo fenómeno de integración o unificación de patrimonios y reunión de socios⁶⁷⁶, puesto que las sociedades anónimas son personas jurídicas (corporaciones)⁶⁷⁷. De esta forma, lo relevante es que se confunden, mezclan o funden (fusión mediante creación de una nueva sociedad) todos los patrimonios de las sociedades anónimas que participan en la fusión, de tal manera que ya no pueden reconocerse o distinguirse individualmente, o se absorbe o absorben o asumen los patrimonios de una o varias sociedades anónimas que participan en la fusión por otra sociedad, o se incorporan al de esa otra sociedad (fusión por absorción). Sin embargo, no se confunden, mezclan o funden ni se absorben, asumen o incorporan, las sociedades anónimas que participan en la fusión, sino que se extinguen, salvo la nueva sociedad o la absorbente.

Ciertamente no puede hacerse abstracción de que la fusión por constitución de una nueva sociedad, es constitución de una nueva sociedad, aun cuando sea resultado de un proceso o procedimiento societario de integración⁶⁷⁸, y que, sin embargo, la fusión por absorción constituye, en puridad, un supuesto de transmisión del total patrimonio, activo y pasivo, y que por ello se le dota de especiales garantías para terceros y socios o accionistas. Hay diversidad de técnicas de integración⁶⁷⁹. Pero esa diversidad de técnicas jurídicas no conlleva ni supone disgregación desde la perspectiva sucesoria universal. Si no se atiende a esa perspectiva habrían de reconducirse aquellos supuestos a otras figuras jurídicas. En un caso a la fundación de sociedades mercantiles y en el otro al de la cesión global de activo y pasivo.

Como hemos mencionado, atendiendo al contenido de las Directivas 2005/56/CE, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, y 2011/35, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas de la Unión Europea, de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, resulta que el aspecto nuclear de la fusión supone que “dos o más “ sociedades mercantiles “se integran en una única sociedad”, precisamente “ mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante”, considerando como elemento no nuclear, pero razonablemente el único resultado posibles a la vista de la anterior descripción del instituto, que esa única sociedad “*puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan*”.

Según el artículo 263-2 de la Propuesta de Código Mercantil⁶⁸⁰, se establecen o diferencian dos “clases de fusión, destacando también el aspecto “nuclear” de la integración mencionado *ut supra*, así: “1. La fusión mediante creación de una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan, el traspaso de los socios a la nueva

sociedad y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva sociedad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquellas. 2. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, esta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda para dar entrada a los socios de las sociedades absorbidas”.

8.1.3 Referencia la noción de fusión transfronteriza de sociedades anónimas en nuestro ordenamiento jurídico nacional o interno.

La referencia a la noción de fusión transfronteriza de sociedades anónimas en nuestro ordenamiento jurídico requiere de una constante alusión o referencia a la noción misma de fusión que ofrece nuestra normativa y pasamos a analizar seguidamente.

8.1.3.1. La noción en nuestra legislación mercantil.

El ordenamiento jurídico español mediante la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (“LME”), se adaptó al Derecho de la Unión Europea⁶⁸¹, ofreciendo en su artículo 22, un “concepto” legal⁶⁸² general de fusión, y en su artículo 54 un “concepto” legal específico de fusiones transfronterizas intracomunitarias.

El primero de ellos establece el concepto “general” mercantil de fusión ajustado al de la normativa de la Unión Europea. Según el artículo 22 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, en cuanto “*se trata de una normativa general mercantil sobre modificaciones estructurales de las sociedades y, en cuanto ley general mercantil, aplicable a cualquier sociedad de esta naturaleza*”⁶⁸³, con independencia de la forma o del tipo social, de la titularidad privada o pública de su accionariado y de que se trate o no de sociedades unipersonales⁶⁸⁴, que es el siguiente:

“En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan”.

En la Propuesta de Código Mercantil (“PCM”) ⁶⁸⁵, artículos 263-1 y 263-37, de cuyo valor y relevancia no debe dudarse⁶⁸⁶, se formulan las siguientes nociones de fusión y fusión transfronteriza:

- (iii) Noción de fusión. “*En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad de nueva creación o ya existente, mediante la*

transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la nueva sociedad o de la absorbente”.

- (iv) Noción de fusión transfronteriza. “1. Se consideran fusiones transfronterizas las fusiones de sociedades de capital cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española. 2. Se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española.

La LME, no ofrece un concepto general de fusiones transfronterizas, pero lo presupone cuando alude, en su artículo 27.2, a que “la fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se registrará por lo establecido en las respectivas leyes personales, sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo II sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, en su caso, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas”. No obstante en su artículo 54.1 establece si establece un “concepto” más concreto, específico de fusiones transfronterizas intracomunitarias, indicando que:

“Se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española”⁶⁸⁷.

Según la PCM, “se consideran fusiones transfronterizas las fusiones de sociedades de capital cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española” y “se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española” (artículo 263-37.1 y 2), pudiendo participar en las fusiones transfronterizas las sociedades anónimas” (artículo 263-37.3)⁶⁸⁸.

Ese concepto específico de fusiones transfronterizas intracomunitarias, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, ya no es concepto general mercantil o aplicable con generalidad a cualquier tipo social, en cuanto que, en relación con la sociedad española, no

es “*aplicable a cualquier sociedad de esta naturaleza, con independencia de la forma o del tipo social*”, sino que ha de referirse únicamente a “*las sociedades de capital sujetas a la legislación española que pueden participar en fusiones transfronterizas*” que son “*las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada*”. Además de establecerse otras diferencias derivadas de la “internacionalidad intracomunitaria”.

En otra perspectiva de las fusiones transfronterizas intracomunitarias, deducible de nuestro ordenamiento jurídico, se indica que “podemos distinguir dos conceptos de fusiones transfronterizas intracomunitarias: Un concepto amplio, que abarca tanto las que dan como resultado una sociedad de capital de estatuto supranacional (la sociedad anónima europea), como las que dan como resultado de una sociedad de capital doméstica o nacional. Y un concepto estricto, que abarca exclusivamente a estas últimas, que es el que sirve para delimitar el ámbito de aplicación del Capítulo II del Título II de la LME”⁶⁸⁹.

8.1.3.2. La noción en la legislación fiscal.

El concepto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas que venimos refiriendo tiene reflejo más allá de las normativas reguladoras de las sociedades mercantiles.

Así sucede en el ámbito del derecho fiscal, cuyo protagonismo para la realización de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas es determinante⁶⁹⁰, y en el que se define la fusión, en el artículo 76 de la nuestra Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, como aquella operación mediante la cual: a) Una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad; b) Dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad; c) Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social.

Por ello y consecuentemente, según establece el artículo de aquella Ley: “*cuando las operaciones mencionadas en el artículo 76 (que define fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores) u 87 (relativo a determinadas aportaciones no dinerarias) de esta Ley determinen una sucesión a título universal, se transmitirán a la entidad adquirente los derechos y obligaciones tributarias de la entidad*

transmitente. Cuando la sucesión no sea a título universal, se transmitirán a la entidad adquirente los derechos y obligaciones tributarias que se refieran a los bienes y derechos transmitidos. La entidad adquirente asumirá el cumplimiento de los requisitos necesarios para continuar aplicando los beneficios fiscales o consolidar los aplicados por la entidad transmitente”.

La previsión contenida en la norma fiscal española no es sino consecuencia y adaptación a lo establecido por la Directiva 2009/133/CE del consejo de 19 de octubre de 2009 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro. Dicha norma en su artículo 2.ª precisa que la “fusión” es “*la operación por la cual: i) una o varias sociedades transfieren a otra sociedad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos representativos del capital social de la otra sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad; ii) dos o más sociedades, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, transfieren a una sociedad constituida por ellas la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos representativos del capital social de la nueva sociedad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad; iii) una sociedad transfiere, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio, activo y pasivo, a la sociedad que posee la totalidad de los títulos representativos de su capital social”.*

La previsión, contenida en el artículo 4.1 de aquella Directiva es consecuente con la definición mencionada anteriormente, según la cual “*la fusión, escisión o escisión parcial no implicará gravamen alguno sobre las plusvalías determinadas por la diferencia entre el valor real de los elementos de activo y de pasivo transferidos y su valor fiscal”.*

8.2. Un “*shelter concept*” (macroconcepto): “fusión transfronteriza de sociedades anónimas”.

Se puede describir la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, partiendo de las nociones doctrinales⁶⁹¹, y de las definiciones legales antes aludidas, afirmando que fusión transfronteriza de sociedades anónimas es:

“Aquella operación de naturaleza contractual, mediante la cual una o varias sociedades por acciones o anónimas, de diferentes nacionalidades, regularmente constituidas conforme a la legislación nacional a que estén sujetas, transfieren a otra sociedad ya existente (la sociedad absorbente), o constituida por ellas (la nueva sociedad), que les sucede universalmente y asume la condición de empleador respecto de los trabajadores de las sociedades que se fusionan, como consecuencia

y en el momento de su disolución sin liquidación y extinción, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios, bien de acciones de la sociedad absorbente o de la sociedad de nueva creación, bien de otros intereses, obligaciones, otros valores, derechos de contenido patrimonial o efectivo (sin que éste pueda exceder del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de los títulos o participaciones que representen el capital de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza), o bien de una combinación de cualesquiera de ellos, salvo que la sociedad absorbente ya posea la totalidad de sus acciones”.

De la definición referida y de los conceptos legales aludidos, resulta que la fusión transfronteriza de sociedades anónimas constituye una figura jurídica sui generis, propia del tráfico internacional, por lo tanto autónoma, de la que puede predicarse su no disgregación, en función de los modelos tipológicos a los que obedezca.

La circunstancia de estar regulada por un ordenamiento jurídico supranacional, pero no universal sino regional (la Directiva de Fusiones Transfronterizas y contemplada en otro sistema normativo transnacional regional (Model Business Corporation Act), permite atribuirle una específica unicidad transnacional.

La coherencia normativa de esas regulaciones se traslada al concepto mismo de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, y puede contemplarse en una doble perspectiva, transnacional y nacional. En el primero de ellos la coherencia normativa se relativiza en cuanto que las normativas transnacionales que la regulan o la contemplan, efectúan remisiones parciales o se reproduce en los ordenamientos jurídicos nacionales, lo cual, a la postre, hace depender esa coherencia normativa de aquellas regulaciones y solo se considerarla completa en esa conjunción. En el segundo dependerá de su regulación en cada ordenamiento jurídico nacional concreto. En el nuestro se considera generalmente que es una figura única⁶⁹² y que está dotada de coherencia normativa⁶⁹³, pero esas consideraciones no pueden extrapolarse a todos los ordenamientos jurídicos sino que dependerá de cada jurisdicción que se considere.

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas participa de modo peculiar en la unidad, autonomía y coherencia normativa, que ordinariamente se atribuyen la fusión. Así, se “ordena” sobre la base de tres clases básicas de fusiones transfronterizas (“fusión por constitución de una nueva sociedad”, “fusión por absorción”, y “fusión absorción de una sociedad íntegramente participada”), añadiéndose otras subclases con regulaciones específicas (“fusión de sociedades en liquidación”, “fusión por absorción de una sociedad participada al noventa por ciento”). Con una concepción común y a la vez compleja, al depender de la clase de fusión (“unidad en la complejidad”), la fusión es independiente y autónoma respecto a otros institutos de naturaleza societaria con los que esta institución mantiene concomitancias y vinculaciones (constitución y modificación de estatutos), que se también se desenvuelven a través de procedimientos o procesos (ordinarios simplificados y excepcionales). Esta unicidad del concepto de fusión supone que generalmente requiera de proyecto de fusión, acuerdo de sociedades participantes, formalización e inscripción

registral⁶⁹⁴ o depósito de la certificación del acuerdo de fusión⁶⁹⁵, esto es, de un procedimiento al final del cual se producen sus efectos específicos, extinción de todas las sociedades que participan o de todas menos una, transmisión del patrimonio a título universal de las sociedades que se extinguen a la nueva sociedad o a la absorbente, pasando usualmente, pero no siempre ni necesariamente, a ser socios de la sociedad sucesora los que lo fueran de las sociedades extinguidas en función de las acciones que les correspondan en virtud de la relación de canje correspondiente, con transferencia de los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza a la nueva sociedad o a la sociedad absorbente⁶⁹⁶.

8.3 Naturaleza jurídica de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

La naturaleza jurídica de una institución jurídica⁶⁹⁷ evoca la “naturaleza de la cosa”⁶⁹⁸, y ha supuesto generalmente la búsqueda de la esencia⁶⁹⁹ o de la “ratio essendi”⁷⁰⁰ de las instituciones jurídicas⁷⁰¹, pero también de la estructura así como de la categoría, el tipo o el género.

Se afirma que cualquier normación supone que se ha elegido un determinado patrón entre otros posibles por ser considerado mejor que éstos y que esa elección entraña una preferencia estimativa, un “criterio de valor”, de tal manera que las normas jurídicas no pueden elaborar de modo caprichoso, fortuito o casual, sino que han de estar fundadas en juicios de valor, fundadas en estimaciones éticas⁷⁰².

En una posición más matizada también se afirma que “*la indagación científica sobre la regulación que haya de darse a una institución jurídica presupone un esclarecimiento previo de las formas puras de valor a que se reduzca*”⁷⁰³, y que debe investigarse sobre las “condiciones a priori que la realidad o la lógica hacen consustanciales” a una determinada institución jurídica⁷⁰⁴. Pero en cualesquiera perspectivas se alude a “valores”⁷⁰⁵, aunque sea a “valores jurídicos”⁷⁰⁶, por lo que consecuentemente siempre hay un problema y una tendencia a la confusión entre naturaleza, aspectos conceptuales⁷⁰⁷ e incluso estructurales⁷⁰⁸ (estructura-esencia/estructura-esquema/estructura-modelo⁷⁰⁹), consistente en su heterogeneidad⁷¹⁰, en la inexistencia de una única teoría integral de valores⁷¹¹. La cuestión se complica todavía más cuando se advierten las relaciones recíprocas entre normas jurídicas y economía, que distan de solucionarse por la existencia de una supuesta vinculación entre consentimiento y racionalidad, o propuesta de un hipotético contrato social⁷¹².

Se trata, pues, de indagar sobre la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, como institución jurídica que mantiene una relación de autosemejanza con la fusión de sociedades anónimas, suficiente como para haberla caracterizado como un “fractal jurídico”⁷¹³. Pero esa calificación solo descubre parcialmente cuál es su naturaleza, en cuanto se le atribuye una determinada categoría lógico matemática. Sin duda puede

polemizarse sobre acaso puede aludirse a “naturaleza”, adjetivada de “jurídica” fuera del mundo físico, de la realidad física. Sin embargo, el seguimiento metodológico que se ha hecho del positivismo científico⁷¹⁴, con el predominio del positivismo jurídico⁷¹⁵, ha llevado a la dogmática jurídica a inquirir sobre la naturaleza (jurídica) de las instituciones jurídicas,⁷¹⁶ lo cual plantea la cuestión previa de qué es una institución jurídica, cuestión en la que no procede entrar bastando lo dicho en la parte correspondiente a la metodología.

8.3.1. Contraposición de teorías.

En la determinación de la naturaleza jurídica de la fusión se han mantenido diferentes tesis referidas a la fusión, *in genere*, tratándose de posiciones consecuentemente trasladables a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, tal y como se aborda seguidamente.

8.3.1.1. Teorías contractualistas y corporativistas.

Ha existido una viva contraposición de varias tesis pluralistas y unitarias⁷¹⁷, entre éstas últimas fundamentalmente dos, la contractualista y la corporativa encaminadas a determinar la naturaleza jurídica de la fusión.

Se han diferenciado unas y otras según centren su atención en los pactos, gestiones y relaciones establecidas entre los administradores de las sociedades participantes⁷¹⁸ o en los acuerdos de las Juntas Generales de las respectivas sociedades⁷¹⁹, defendiéndose también su naturaleza de “unidad en la complejidad” porque “*solo como procedimiento se puede construir unitariamente la fusión*”⁷²⁰.

La relatividad de la oposición de las teorías contractualistas y corporativistas se pone de manifiesto cuando se afirma que la filosofía jurídica de fondo, que latía en las regulaciones legislativas, en torno a la naturaleza jurídica de la fusión de la sociedad anónima, había venido siendo “excesivamente contractualista”⁷²¹ bien que matizada con el transcurrir del tiempo⁷²². Ciertamente las teorías tradicionales acerca de la naturaleza jurídica de la fusión, sostenidas en nuestra doctrina, se han venido polarizando en torno a las que le han venido atribuyendo naturaleza de acto de naturaleza social o corporativa⁷²³ y quienes, por el contrario han venido considerando su carácter esencialmente contractual⁷²⁴, con importantes matices⁷²⁵.

8.3.1.2. De la modificación “estatutaria” y del cambio o modificación “estructural”.

En este ámbito, sobresalen aquellas teorías que han considerado la fusión como una “modificación estatutaria”⁷²⁶, diferenciándose o contraponiéndose netamente de las que conciben la fusión como una “modificación estructural” de la sociedad⁷²⁷.

Cabe destacar el posicionamiento de la Propuesta de Código Mercantil (PCM) que dentro del Libro II (De las Sociedades Mercantiles), su Título V se ocupa de las modificaciones estatutarias y denomina, consecuentemente, “de la modificación de los estatutos”, en tanto que su Título VI se ocupa de las modificaciones estructurales y denomina, por tanto, “de las modificaciones estructurales”, y cuyo capítulo III se ocupa de la Fusión.

8.3.1.3. Teorías extintivo-sucesorias, modificativo/extintiva estatutarias y sólo modificaciones estatutarias

En otra perspectiva puede aludirse a teorías extintivo-sucesorias, teorías modificativo/extinto estatutarias y teorías alusivas a simples modificaciones estatutarias de las sociedades anónimas participantes en la fusión transfronteriza⁷²⁸.

Según las teorías del primer grupo la fusión transfronteriza de sociedades anónimas habría de asimilarse a una sucesión universal mortis causa, lo que no parece que se dé al no haber sucesión en la personalidad de la sociedad o sociedades que se hubiera(n) extinguido, en su concepción canónica.

Para las teorías que se ubicarían en el segundo grupo se trataría de una operación que comportaría una singular modificación de la estructura de las sociedades anónimas participantes en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, que conllevaría la extinción de las sociedades participantes en la fusión o de todas menos una, lo cual, manifestaría la postre cierta incoherencia, respecto de las teorías que reconducen la naturaleza jurídica de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas a una simple modificación de la estructura de las sociedades anónimas⁷²⁹. Se diferencia de las anteriores por la consideración de que no se produce la extinción de sociedad anónima alguna participante el proceso de fusión transfronteriza, lo cual no se adecúa a las configuraciones legales de la misma, además de incidir en una petición de principio, común a las anteriores teorías, consistente en la determinación de la aplicación de las concepciones estructuralistas al Derecho.

La circunstancia de que cuando se inicia el proceso o procedimiento de fusión transfronteriza las sociedades que interviene en la misma no se hayan extinguido, que durante el mismo no haya interrupción de las relaciones jurídicas ni de los respectivos contratos de sociedad, sino que la extinción de las sociedades intervinientes en el proceso o procedimiento de fusión constituya un momento idéntico con la efectividad del proceso de

fusión, no supone argumento suficientemente para la sustentación de las teorías favorables a su consideración como una modificación estatutaria, dado que aquellas relaciones jurídicas subsisten, pero profundamente modificadas, o novadas (dependiendo del concepto de novación que se sustente, renacidas), por mor del mandato sucesorio legal. Lo cual no supone que no se produzcan o puedan producir modificaciones estatutarias como consecuencia de una fusión⁷³⁰.

8.3.2. La naturaleza jurídica de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas atendiendo a las “normas ejemplares”.

La cuestión, no obstante la polémica antes referida, debe reconducirse por la vía del recurso a la Directiva 2005/56/CE, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital y a la Model Business Corporation Act, fundamentalmente.

Efectivamente, tanto la Directiva 2011/35/UE, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, como de la Directiva 2005/56/CE, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, aluden en sus definiciones de “fusión”, a que ésta constituye una “operación”.

La referencia de aquellas normativas a “operación” se adecúa bien con la idea de “proceso” y de “procedimiento”⁷³¹. Pero no supone un alejamiento del paradigma contractualista⁷³², sino que supone acudir a la idea de la formación sucesiva del contrato, mediando determinado procedimiento⁷³³, con una remisión a lo que sucede en cada una de las fases de ese procedimiento, que condicionarán, conforme a un principio de libertad, ejemplarizado especialmente en la Model Business Corporation Act, el resultado convencional.

Esta posición es coherente con la observación de que *“el contrato es una categoría fundamental del Derecho, que podemos encontrar en todos los ordenamientos jurídicos”*⁷³⁴ y que *“los contratos vinculan porque se piensan y entienden como vinculantes, con independencia del Derecho positivo que les concede o les deniega la sanción jurídica bajo unas u otras condiciones”*⁷³⁵.

8.3.2.1. Planteamiento general.

El proceso y procedimiento de fusión, por una parte, y el negocio, contrato o convenio de fusión, por otra, no se confunden, por más que el primero se resuelva en el segundo, que configura el resultado obediente a un propósito común⁷³⁶. La fusión es el resultado que se alcanza mediando el proceso de fusión, en cuyo seno se desenvuelven otros procesos y procedimientos conducentes a la formación de la voluntad de cada una de las sociedades anónimas participantes en aquel proceso o procedimiento.

El negocio, convenio o acuerdo que se alcanza con el procedimiento de fusión, es demandado para justificar especialmente tanto los efectos traslativos patrimoniales e incorporaciones, en su caso, de socios, como los efectos extintivos de las sociedades participantes, sin que ese convenio o acuerdo esté nítidamente delimitado normativamente, ni en su contenido ni en el momento en que se produce⁷³⁷.

No obstante, debe diferenciarse entre dicho convenio y el momento en que cada una las sociedades participantes en la fusión quedan definitivamente vinculadas⁷³⁸. De esta forma, habrá momentos diferenciados en los que se tomará el acuerdo societario, existirá o se terminará la posibilidad de abandono de la fusión⁷³⁹ (cuando la legislación correspondiente lo permita) y se determinarán cuándo se producen los plenos efectos de la fusión⁷⁴⁰, que generalmente se reconduce al momento de la inscripción registral o depósito del acuerdo de fusión⁷⁴¹.

El acuerdo, negocio o convenio de fusión⁷⁴² se concluye mediante un proceso y atendiendo a un procedimiento predeterminado⁷⁴³, cuyo contenido mínimo esta normativamente previsto como medio de formación del contrato, acuerdo o negocio de fusión, y que presenta relevantes peculiaridades, pero es consecuente con la idea de “estructura del negocio jurídico”⁷⁴⁴ y de “modificación estructural”.

La existencia de un proceso y diversos procedimientos de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, puede ser de naturaleza imperativa o modélica.

La naturaleza imperativa se corresponde con la regulación de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, la del Reglamento SAE, que habrá que poner en relación con el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, artículos 467-470, la LME, artículos 22-67, y, respecto de la implicación de los trabajadores, la Directiva 2001/86 y la Ley 3/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en la sociedades anónimas y cooperativas europeas.

En naturaleza modélica se corresponde con la regulación recogida en la MBCA.

En cualquiera de las anteriores alternativas, se pauta la posibilidad de concluir el negocio, contrato o convenio de fusión. Sin embargo, éste no se concluye de forma instantánea, por más que pueda simplificarse extraordinariamente, siguiendo el *iter* negocial que decidan las partes que intervienen en el mismo. El carácter plurilateral y de formación sucesiva del negocio, contrato o acuerdo de fusión, no altera la afirmación inicial de negocio o contrato de conclusión sucesiva o procedimental y no instantánea⁷⁴⁵. No obstante ha de considerarse la posibilidad de que se reduzca drásticamente el procedimiento⁷⁴⁶ y de que las sociedades anónimas participantes en la fusión acuerden un procedimiento específico por el que llegar al negocio o acuerdo de fusión⁷⁴⁷. Si bien, dicho procedimiento deberá recoger las garantías exigibles por y para los socios de las sociedades anónimas participantes en la fusión, para los créditos de los acreedores sociales, para la participación e implicación de los trabajadores en la sociedad resultante y la continuidad de

sus relaciones laborales, así como para cualesquiera otros implicados o afectados posibles por la fusión. Todo ello sin hacer cuestión de si la fase negocial previa o preliminar es parte del procedimiento de fusión.

El tratamiento a este respecto de las normas ejemplares (Directiva de Fusiones Transfronterizas y Model Business Corporation Act) es coincidente. En la primera de aquellas normas ejemplares se advierte que se alcanzará a un convenio, acuerdo o negocio de fusión, que se concreta en el “proyecto común de fusión” (*“los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen concebirán un proyecto común de fusión transfronteriza”*), se indica en el artículo 5 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas), al que presta su consentimiento cada sociedad participante en la fusión mediante su aprobación⁷⁴⁸ (*“la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen se pronunciará sobre el proyecto común de fusión transfronteriza”*, artículo 9.1 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas. El mismo contenido se recoge en la sección 11.04 de la MBCA, que afirma que un plan de fusión deberá aprobarse por el Consejo de Administración. Posteriormente, el Consejo deberá remitir el plan a los accionistas para su aprobación (*“a plan of merger (...) must be adopted by the board. Thereafter, the board must submit the plan to the shareholders for their approval”*⁷⁴⁹).

Dado que la Directiva 2011/35/UE, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, admite que *“la legislación de un Estado miembro podrá no imponer la aprobación de la fusión por la junta general de la sociedad absorbente”*, si se cumplen determinadas condiciones, y la Directiva de Fusiones Transfronterizas, establece que *“no será exigible aquél pronunciamiento a la sociedad o sociedades absorbidas, cuando una fusión transfronteriza por absorción sea realizada por una sociedad que posea todas las participaciones y todos los demás títulos que confieran derechos de voto en la junta general de la sociedad o sociedades absorbida”*(artículo 15.1, segundo inciso), y que la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, por la que se produce la adaptación de nuestro ordenamiento a susodichas normas de la Unión Europea, ha llevado a cabo una generosa interpretación de tales excepciones, parece razonable situar la perfección o conclusión del convenio, acuerdo o negocio de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, en el momento de la conformidad y prestación del consentimiento por los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen al proyecto común de fusión transfronteriza concebido y concluido con el contenido mínimo exigible, y siempre que éste se publique, como acto debido (artículos 5 y 6 la Directiva de Fusiones Transfronterizas)⁷⁵⁰.

En el mismo sentido se pronuncia la Sección 11.05 de la MBCA que indica que una sociedad matriz nacional que posea acciones de una sociedad nacional o extranjera que le otorguen al menos el 90% de los derechos de voto de cada clase y serie de las acciones de la filial, podrá fusionar la filial con ella o con otra filial o fusionarse en la filial, sin la aprobación del consejo de administración o los accionistas de la filial, salvo que los Estatutos Sociales de cualquiera de las corporaciones antes referidas prevean lo contrario y salvo que, en el caso de una filial extranjera, la aprobación del consejo de administración o de los accionistas fuese requerida por la ley aplicable a dicha filial.

Igualmente, el comentario oficial a dicha sección indica que ésta prevé la falta de necesidad de aprobación del consejo de administración de una filial que es fusionada en su matriz u otra filial si las condiciones recogidas en dicha sección se cumplen. La Sección 11.05 no dispensa en sí misma la aprobación de los socios de la matriz. Conforme a la Sección 11.04(g), una fusión del tipo descrito en la Sección 11.05 en la que la filial es fusionada hacia arriba en la matriz no requerirá habitualmente la aprobación de los accionistas de la matriz ya que en tales casos, los Estatutos Sociales no resultarán afectados por la fusión y la matriz no emitirá capital que conlleve más del 20% de sus derechos de voto. Sin embargo, si una sociedad matriz es parte de una fusión inversa en su filial, la aprobación de los accionistas de la matriz sería necesaria conforme indica la Sección 11.04.⁷⁵¹

La perspectiva contractualista encuentra también un sólido apoyo jurídico positivo o legal en materia de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas en aquellas disposiciones que reconocen o aceptan un papel fundamental del consentimiento de los afectados por el proceso de fusión para el reconocimiento y efectividad del derecho de separación. En este sentido el artículo 4.2, in fine de la Directiva de Fusiones Transfronterizas señala que *“los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las sociedades participantes en una fusión transfronteriza constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los socios minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión transfronteriza”*. La Model Business Corporation Act, en su sección 11.02⁷⁵², recoge el derecho de separación, bien que se remita a la sección correspondiente de la misma norma. Efectivamente según el punto 7, titulado “derechos de separación”, del comentario Oficial a su sección 11.02, *“los accionistas de una sociedad nacional que formen parte de una fusión pueden tener derechos de separación”*, bien que se remita al lugar pertinente de la propia norma⁷⁵³ (especialmente secciones 13.02(a) (1) y 13.23) a los efectos de verificar la efectividad de tales derechos. De esta forma que se regula con amplitud en aquella norma el derecho de separación, derecho que se admite también en las legislaciones de otros Estados de EEUU no receptores de la referida norma⁷⁵⁴.

En consonancia con lo establecido en la Directiva de Fusiones Transfronterizas, el artículo 62 LME, establece que *“los socios de las sociedades españolas participantes en una fusión transfronteriza intracomunitaria que hubieran votado en contra del acuerdo de una fusión cuya sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital”*. Esto es, conforme a lo dispuesto en los artículos 353-359 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”).

Ese derecho de separación del socio es congruente con lo dispuesto en el artículo 99 de la misma LME, según el cual *“los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital”*⁷⁵⁵. Pero es más, dicho derecho de separación se recoge específicamente para los supuestos de traslado del domicilio social al extranjero derivados

de una fusión transfronteriza, tal y como indica el art. 468 LSC destacando que *“los accionistas de las sociedades españolas que voten en contra del acuerdo de una fusión que implique la constitución de una sociedad anónima europea domiciliada en otro Estado miembro podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en esta ley para los casos de separación de socios. Igual derecho tendrán los accionistas de una sociedad española que sea absorbida por una sociedad anónima europea domiciliada en otro Estado miembro”*.

Conjuntamente con el supuesto señalado anteriormente, ha de cuestionarse si el derecho de separación también se origina en el supuesto de que, con ocasión de la fusión, se produzca una “sustitución o modificación sustancial del objeto social” de alguna de las sociedades anónimas intervinientes en el proceso de fusión transfronteriza⁷⁵⁶ o en caso de “creación modificación o extinción de una modificación (anticipada) de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos”⁷⁵⁷. A este respecto, se afirma que *“la sustitución del objeto social, es casi la esencia de la fusión que implique modificación del objeto de alguna de las implicadas, pues lo contrario sólo sería posible en caso de fusión de sociedades con objetos idénticos”*. Sin embargo, es cierto que permitir esa sustitución por vía de fusión podría abrir una vía al fraude⁷⁵⁸. Argumentos similares pueden aducirse respecto de la creación, modificación o extinción (anticipada) de la obligación de realizar prestaciones accesorias, si algunas de las sociedades intervinientes en el proceso de fusión las hubiera establecido en sus estatutos. En ambos supuestos parece adecuado considerar que será requisito preciso para disponer del derecho correspondiente y poder ejercitarlo, el haber votado en contra del acuerdo de fusión propuesto.

La cuestión enunciada en el párrafo que antecede no es de fácil solución, pues si a favor de su subsistencia militan poderosas razones, como son el carácter contractual de la fusión y la posibilidad del fraude en caso de su eliminación, en su contra lo hace que prácticamente en todas las fusiones existiría un derecho de separación, lo cual se contradice con el establecimiento de un supuesto concreto y preciso, que solo opera en las fusiones transfronterizas, en el cual se puede ejercitar tal derecho y la falta de regulación general del mismo en el ámbito de la fusión, que goza de regulación autónoma. La conclusión a la que se ha llegado, respecto de la sustitución del objeto social, es que *“debe reconocerse el derecho de separación tanto en la sociedad absorbente como en la que se extingue, pero con una interpretación restrictiva del concepto de sustitución del objeto social”*⁷⁵⁹. A la misma conclusión de existencia del derecho de separación, debe llegarse respecto de si se produce la creación modificación o extinción (anticipada) de prestaciones accesorias⁷⁶⁰.

La PCM tampoco reconoce, con carácter general, el derecho de separación de los socios en los escenarios de fusión, sino que lo circunscribe a las fusiones transfronterizas. Así, indica que *“en el caso de que la nueva sociedad o la sociedad absorbente tuviera el domicilio en otro Estado, los socios de las sociedades españolas participantes en una fusión transfronteriza que hubieran votado en contra del acuerdo de fusión podrán separarse de la sociedad”*, conforme prevé su artículo 263-44, ubicado en la Sección 2ª, “de las fusiones transfronterizas”, del Capítulo III, “de la

fusión”, del Título VI, “de las modificaciones estructurales”, del Libro Segundo, “de las sociedades mercantiles”.

Precisamente en la eliminación del derecho de separación del accionista se veía uno de las manifestaciones del cambio de “filosofía de fondo” en materia de fusiones de sociedades capitalistas o evolución desde posiciones societarias contractualistas a posiciones institucionalistas, pero esa situación se revierte en materia de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas⁷⁶¹, intracomunitarias o extracomunitarias⁷⁶².

El reconocimiento de aquel derecho de separación no es únicamente, ni principalmente, cuestión de coherencia legislativa, ni una anécdota, ni una atención a una demanda de cierta doctrina⁷⁶³, sino que obedece a la concepción misma latente en la regulación de las sociedades mercantiles⁷⁶⁴ y a la globalización o mundialización económica y financiera, dada la falta de un ordenamiento mundial y la concurrencia de múltiples entidades soberanas en la creación de “derechos nacionales”.

En este contexto también se plantea la cuestión, no menor en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, de que se sujete en los estatutos sociales, directa o indirectamente, la fusión de la sociedad a la aprobación o el consentimiento de determinados accionistas, sin el cual no pudiera producirse, ni fijarse el tipo de canje de las acciones. Aun cuando semejantes cláusulas hayan decaído en las operaciones societarias interiores⁷⁶⁵, recobran su protagonismo en las fusiones transfronterizas.

Efectivamente, aquella circunstancia acontecerá muy especialmente cuando el Estado se reserve, directa o indirectamente, “acciones privilegiadas”, “acciones de oro” o “golden shares”, en la medida en que se traten efectivamente de acciones y no de facultades así denominadas, pues se trata de un macroconcepto. Así en este *shelter concept* en el que se diferencia entre una noción amplia o impropia y otra estricta (*strictu sensu*) o propia de la “acción de oro” o “golden share”⁷⁶⁶, se plantea la cuestión de en qué medida pueden los privilegios otorgados interferir en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Semejantes “acciones privilegiadas”⁷⁶⁷, “acciones de oro” o “golden shares” afectan a fenómenos más amplios que las fusiones transfronterizas⁷⁶⁸, pero en éstas también pueden manifestarse, alcanzando tanto a privatizaciones como a liberalizaciones o desregulaciones.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aun siendo mayoritariamente contraria al mantenimiento de “acciones privilegiadas”, “acciones de oro” o “golden shares” por los Estados, directa o indirectamente, en empresas privatizadas, no rechaza, en todo caso y circunstancia, el mantenimiento, directa o indirectamente, por el Estado de semejantes “acciones privilegiadas”, “acciones de oro” o “golden shares”. Así, por ejemplo, ya justificó su mantenimiento en su sentencia de fecha 4 de junio de 2002⁷⁶⁹. Fue en su jurisprudencia posterior en la que, en un aparente giro copernicano, proscribió tanto su detentación directa como indirecta. No obstante, siempre dejó la puerta abierta a semejante su posibilidad, potenciada por los acontecimientos dramáticos globales (terrorismo global y crisis económica y financiera universalizada⁷⁷⁰).

La PCM pone de nuevo en cuestión las “acciones privilegiadas”, “acciones de oro” o “golden shares”, cuando establece en su artículo 266-1, titulado “oposición del Gobierno por razones de interés público”, y constitutivo de un Capítulo específico⁷⁷¹, lo siguiente: “1. *Las normas que permitan al Gobierno español o a otras autoridades administrativas competentes oponerse o imponer condiciones por razones de interés público a una fusión interna, serán también de aplicación a las fusiones transfronterizas en las que, al menos, una de las sociedades que se fusionan esté sujeta a la ley española y la nueva sociedad vaya a tener o la sociedad absorbente tenga su domicilio en otro Estado distinto.* 2. *Cuando concurran los supuestos en los que las normas previstas en el apartado anterior le permiten oponerse o imponer condiciones a las fusiones transfronterizas, el Gobierno podrá oponerse o condicionar el traslado del domicilio social de una sociedad de capital registrada en territorio español que suponga un cambio de legislación aplicable*”.

El mantenimiento de “acciones privilegiadas”, “acciones de oro” o “golden shares” por el Estado, directa o indirectamente, presupone la existencia de una empresa pública que se privatiza, y suponen concesión de privilegios “ad personam” que pueden ser y han sido, muy variados, conllevando además el “riesgo de contaminación política”⁷⁷², sin que quepa admitir “ideas reduccionista de lo que deba entenderse por tales derechos”⁷⁷³. De esta forma, estos derechos pueden consistir en la necesidad de autorización administrativa, previa o posterior, para que las sociedades correspondientes puedan llevar a cabo ciertas decisiones que supongan modificaciones estructurales⁷⁷⁴.

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea justificativa o favorable al mantenimiento de “acciones privilegiadas”, “acciones de oro” o “golden shares”, por el Estado en empresas privatizadas, ha de citarse la STJUE de fecha 4 de junio de 2002, dictada en el asunto C-503/99, proceso seguido a instancia de la Comisión Europea contra el Reino de Bélgica, apoyado por el reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Como jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contraria al mantenimiento de “acciones privilegiadas”, “acciones de oro” o “golden shares” por el Estado, directa o indirectamente, en empresas privatizadas, pueden citarse las siguientes resoluciones: STJUE de 4 de junio de 2001, asunto C-483/99, Comisión Europea contra la República Francesa, que enjuicia el sistema de la “l’action spécifique”; STJUE de 4 de junio de 2002, en el asunto, C-367/98, Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Portuguesa; STJUE de 13 de mayo de 2003 asunto C-463/00, Comisión Europea contra Reino de España; STJUE de 28 de septiembre, de 2006, asuntos acumulados C-282/04 y C-283/04, Comisión Europea contra el Reino de los Países Bajos; STJUE de 14 de febrero de 2008, asunto C-274/06, Comisión Europea contra Reino de España; o STJUE de 26 de marzo de 2009, asunto C-326/07, Comisión Europea contra República Italiana.

La STJUE de 13 de mayo de 2003 asunto C-98/01, Comisión Europea contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, es singularmente destacable. La parte demandada pretendía que se declarase por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la

licitud de las disposiciones que, entre otros extremos, establecían el procedimiento de autorización relativo a la cesión de activos por la sociedad BAA plc y las relativas al control de sus filiales y a su liquidación. La British Airports Authority, que poseía y explotaba siete aeropuertos internacionales del Reino Unido, fue privatizada mediante la Airports Act de 8 de julio de 1986. Dicha norma confería al Secretary of State la facultad de aprobar, con o sin modificaciones, los estatutos de la sociedad que debía asumir las funciones de la British Airports Authority. En 1987 BAA se constituyó con este fin y creó una “acción especial” de una libra esterlina, “One Pound Special Share”, a favor del Secretary of State for Transport que le confería los privilegios citados anteriormente). Los estatutos de BBA plc, de 7 de julio de 1987, preveían en su artículo 10 que la “acción especial” sólo podía cederse a uno de los Secretaries of State de su Majestad, a otro ministro de la Corona o a cualquier otra persona que actuase en nombre de la Corona. Estableciéndose, además, en dicho precepto estatutario que sólo serían efectivas si mediaba el consentimiento escrito del titular de dicha acción *“cualesquiera propuestas de liquidación o disolución voluntarias de la sociedad o de cualquier filial que poseyese uno de los aeropuertos “designados”, salvo en el caso de que tales liquidación o disolución voluntarias formasen parte de un plan de reestructuración o de fusión en el que se previniese la cesión de dicho aeropuerto “designado” de modo que el gestor de dicho aeropuerto fuera la misma sociedad o una filial”,* así como en el supuesto, calificable de fusión impropia de *“la cesión (venta; transferencia; abandono; constitución de hipotecas o gravámenes; reconocimiento de cualesquiera títulos de propiedad, derechos o intereses sobre los bienes; la transmisión de la posesión o del control sobre los bienes, así como cualesquiera otras formas de cesión) de un aeropuerto “designado” o de una de sus partes por la propia sociedad o por una de sus filiales, así como la celebración de un acuerdo por aquéllas a tal efecto, cuando tuviesen por resultado que el gestor de dicho aeropuerto no resultase ser la propia sociedad ni una de sus filiales”*. El Gobierno del Reino Unido pretendió justificar su actuación alegando que los estatutos de BAA plc no constituían una normativa nacional ni se le podían equiparar. No obstante, el 13 de mayo de 2003 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió en contra de la pretensión de su licitud.

Con las SSTJUE de 8 de julio⁷⁷⁵ y el 11 de noviembre de 2010, asuntos C-171/08, y C-543/08, y 10 de noviembre de 2011, asunto C-212/09, Comisión Europea contra la República Portuguesa, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reitera argumentaciones anteriores⁷⁷⁶ y lleva cabo un “salto cualitativo”. En las mismas se acoge la idea de que la prestación de servicios de interés económico general por una empresa, si bien no debe interferir en el mercado, sin embargo debe compatibilizarse con el hecho de que *“hay “cosas” que están por encima del mercado y de la competencia”*⁷⁷⁷, y que consiguientemente las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedan sometidas a las normas comunes de Derecho Europeo relativas al ejercicio de la actividad empresarial, *“en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”*⁷⁷⁸.

En aquellas resoluciones se produce una confusión de “esferas o planos”, público y privado, facilitándose la creación de acciones, de titularidad estatal o de otras entidades públicas. Estas acciones privilegiadas si bien aparentemente no tenían aquella condición de

“acciones privilegiadas mantenidas por el Estado en empresa privatizadas”, “acciones de oro” o “golden shares”, sí otorgaban “derechos especiales”, constituyendo una “serie” de “acciones privilegiadas de Derecho privado”, creadas por y en los estatutos sociales de una determinada sociedad privada⁷⁷⁹. Lo anterior no impidió al propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconocer, al propio tiempo que no cabe confundir la posibilidad de que una normativa nacional posibilite la creación de “acciones privilegiadas” en el contrato de sociedad (estatutos), permitiendo que dichas acciones sean “introducidas y atribuidas al Estado u otras entidades públicas, precisamente en virtud de lo dispuesto en los estatutos de dicha sociedad”, con la circunstancia de que tales acciones puedan constituir “golden shares” o “acciones de oro”.

En definitiva, a la vista de las circunstancias concurrentes, el sistema económico y financiero globalizado críticos para la subsistencia de los sistemas de economía de mercado, e incluso de los propios Estados, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha optado optando por un sistema difuso (fuzzy), en la solución al dilema entre proscribir o justificar el mantenimiento por los Estados miembros de “acciones privilegiadas”, “acciones de oro” o “golden shares”, en las empresas privatizadas, que pueden restringir o condicionar la realización de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas⁷⁸⁰.

8.3.2.2. Conclusiones.

El discurso sobre el tránsito de la fusión de sociedades anónimas desde una orientación contractualista a otra orientación institucionalista, ha suscitado posiciones conciliadoras⁷⁸¹ y responde a filosofías básicamente consecuencialistas y utilitaristas⁷⁸² (“*el valor de lo útil*”⁷⁸³) coherentes con el predominio del enfoque económico del acontecimiento que refiere⁷⁸⁴.

El recurso a la idea del “contrato”⁷⁸⁵ sirve como itinerario explicativo de los más elementales aspectos jurídicos de la fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. El contrato, cabe recordar, “*es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan*”. El contrato así concebido se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no sólo del Derecho Civil, sino de todo el ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es contemplado, desde esta perspectiva, como una trama o una urdimbre de contratos que los particulares celebran. El Derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el Derecho y comienza el “reino de la arbitrariedad y la fuerza”⁷⁸⁶. El contrato, no puede olvidarse, es “*uno de los pilares básicos del orden económico de nuestra civilización*”⁷⁸⁷, y es término y concepto que puede emplearse tanto en sentido amplísimo, como más concreto⁷⁸⁸, su eficacia reguladora excede de los concretos ordenamientos jurídicos, instalándose en el ámbito moral, ético y filosófico⁷⁸⁹, fundando el orden sociopolítico⁷⁹⁰. Situar la fusión en el ámbito de la concepción contractual relativa a la reorganización económica de estructuras empresariales⁷⁹¹, no es irrelevante pues se vincula

a la maximización del valor de la empresa y al logro de efectos sinérgicos, y se justifica al ser obediente a la causa del contrato de sociedad anónima⁷⁹².

La tesis contractualista es apoyada por las previsiones legislativas que otorgan un especial protagonismo a la necesidad del consentimiento de los afectados o su falta en ciertos supuestos excepcionales. Igualmente, las previsiones normativas que otorgan un papel fundamental al consentimiento de los afectados por el proceso de fusión para el reconocimiento y efectividad del derecho de separación, constituyen un sólido apoyo a la tesis contractualista. En idéntico sentido, puede constituir un apoyo a las tesis contractualistas el hecho de que se pueda sujetar en los estatutos sociales, directa o indirectamente, la fusión de la sociedad a la aprobación o el consentimiento de determinados accionistas. Esta circunstancia se relaciona muy especialmente con la problemática de la admisibilidad o no de las “acciones privilegiadas” o “goldes shares”.

La afirmación de la naturaleza contractual de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas no contraría su carácter de institución jurídica⁷⁹³, propia de un ordenamiento supranacional.

8.4. Características generales y notas esenciales.

La noción de fusión transfronteriza de sociedades anónimas es normativa y deducible de las normas ejemplares y más relevantes, conforme con las características actuales de la expresión o manifestación del Derecho.

El elemento clave de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas es la idea de “integración”, de tal manera que dos o más sociedades se unifican en una sola⁷⁹⁴. Ella misma se constituye en una de sus notas. A su vez, de la idea de integración se derivan otras notas esenciales, pero ni ella misma ni las demás notas esenciales se confunde con su naturaleza jurídica o con sus efectos jurídicos, específicos, por más que se diga que aquella conllevará (“implicará”⁷⁹⁵) determinadas consecuencias jurídicas. Pero sí participan tanto de la naturaleza jurídica atribuida como de sus efectos sustantivos, que habrán que diferenciarse de los adjetivos⁷⁹⁶ y que también producen las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

8.4.1. Características generales.

La naturaleza jurídica atribuible a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas no debe aparecer, bajo otra denominación, entre sus notas características, en cuanto que se presume y es anterior a las mismas. En la fusión transfronteriza de sociedades anónimas se produce un fenómeno integrativo societario, que es una consecuencia de aquella fusión, y a la que no puede reconducirse su naturaleza jurídica, en cuanto que es una consecuencia, un

resultado, un efecto, pero esa consecuencia integrativa sí debe considerarse la primera nota característica de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Puede afirmarse que como consecuencia de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas se produce: (i) la desaparición de las sociedades anónimas, de diferentes nacionalidades, participantes⁷⁹⁷ en la fusión, menos una de ellas⁷⁹⁸ que toma la posición de sociedad absorbente, o la desaparición de todas aquellas sociedades que participan en la fusión y la creación de una nueva sociedad⁷⁹⁹; (ii) el traspaso en bloque de todo el patrimonio, activo y pasivo, de las sociedades que se extinguen a la sociedad absorbente o a la sociedad de nueva creación; (iii) la incorporación de los socios de las sociedades que desaparecen como socios a la sociedad absorbente o a la sociedad de nueva creación⁸⁰⁰, pero que está dotada de cierta eventualidad en cuanto que puede no acontecer, si así lo deciden los socios, y a salvo de los socios disidentes que individualmente decidan ejercitar, en su caso, su derecho de separación.

Es consecuencia natural de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas que la(s) sociedad(es) anónima(s) absorbida(s) deje(n) de existir (fusión por absorción) o que las sociedades anónimas que se fusionan dejen de existir (fusión por constitución de una nueva sociedad). No puede ser " $A \wedge \neg A$ ", esto es, " $\neg (A \wedge \neg A)$ ", bajo la excusa de que el lenguaje sea técnico jurídico o usual (fusión y no fusión; fusionarse y no fundirse, fusionarse y no unirse; fusionarse y no juntarse, fusionarse y no mezclarse, fusionarse y no hacer un todo, fusionarse y no integrarse)⁸⁰¹. Además ciertamente no puede ser que "una sociedad viva en otra y subsista, como tal en el seno de la misma"⁸⁰², ello sería contrario al principio de identidad ($A \rightarrow A$, $A \leftrightarrow A$). Efectivamente, ya indica la MBCA en su Sección 11.07 que "*en el caso de fusión, la entidad superviviente y las partes que se fusionan devienen uno*"⁸⁰³. Lo cual, además, es congruente con la circunstancia de que los derechos y obligaciones de la(s) sociedad(es) que se fusione(n) procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza se transfieran, en razón de este hecho, bien a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza bien a la sociedad absorbente, con "implicación" o participación en la gestión de la sociedad absorbente o de nueva creación de los trabajadores, en su caso.

Asimismo, con la fusión transfronteriza se produce la transmisión de la posición de empleador o empresario de las sociedades anónimas que desaparecen por virtud de la fusión a la sociedad absorbente o de nueva creación, con "implicación", en su caso, en la gestión de aquellas sociedades de los trabajadores⁸⁰⁴. La razón de semejante consecuencia está en que la desaparición de aquellas sociedades anónimas no supone la simultánea extinción de las empresas de las que son titulares⁸⁰⁵, pues efectivamente ha de considerarse a la "sociedad como forma de la titularidad de la empresa, y no como la empresa misma, que se ha propuesto también para plantear su carácter de empresario, sujeto en las relaciones emprendidas por razón de la empresa y parte en los contratos de trabajo"⁸⁰⁶.

Los elementos que caracterizan la fusión transfronteriza de sociedades anónimas se nuclean en torno a dos elementos, a saber el de "extinción de las sociedades fusionadas" y

el de “sucesión universal patrimonial y empresarial”⁸⁰⁷. En su desarrollo, puede concluirse que constituyen características generales de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, que se concretarán más en las notas esenciales, las siguientes:

- (i) Consiste en una “modificación estructural por concentración e integración de empresas, con sucesión universal”.
- (ii) Se produce mediante un “proceso y procedimiento de fusión”.
- (iii) Genera “continuidad económica”, con “aplicación del principio de empresa en funcionamiento y “sucesión laboral”.
- (iv) Existe “continuidad de la condición y equivalencia de la posición de socio”, o “reconocimiento del derecho a su “contrapartida”, con “derecho de separación”, en su caso, del socio disidente.
- (v) Se produce siempre y necesariamente la presencia del “elemento extranjero”.

8.4.1.1. Los aspectos específicos de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas relativos al “capital humano”.

Ciertamente en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas se producen los efectos característicos de toda fusión, “unificación de patrimonios, socios y de relaciones jurídicas”⁸⁰⁸, pero además en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas hay algo más, que obliga diferenciar entre “capital humano” y “capital patrimonio”, en la dimensión empresarial de las sociedades anónimas participantes. Esto es, en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas es esencial distinguir entre relaciones de “capital”, patrimoniales o jurídico-patrimoniales, e “industriales”, laborales o jurídico-laborales⁸⁰⁹.

Los efectos se producen “ministerio legis” (“survivor automatically becomes) u “ope legis” (“by operation of the law”) y están interrelacionados en la perspectiva de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, salvo el ejercicio del derecho de separación, que dependerá de la voluntad de cada socio que hubiese votado en contra del acuerdo de fusión, en los supuestos legalmente previstos, bien entendido que la “implicación” en la gestión de la sociedad absorbente o de nueva creación, puede no producirse, pero no por voluntad de las sociedades participantes o resultantes de la fusión, sino según las hipótesis formuladas por la ley o convencionalmente acordadas. De esos “efectos” o consecuencias de la fusión, pues se producen “en virtud de la fusión” dice la ley, pueden inferirse las notas esenciales del fusión.

Por “capital humano” ha de entenderse “la fuerza de trabajo, las calificaciones, la capacitación y las habilidades individuales”⁸¹⁰, que jurídicamente se establecen en la

empresa mediante contratos de trabajo y/o relaciones laborales, que se concluyen entre empresarios y trabajadores, que tienen dimensión individual y colectiva, y que se proyectan hacia otras entidades públicas que gestionan los sistemas de seguridad social. Por “capital patrimonio” ha de entenderse el “conjunto de los activos no humanos que pueden ser poseídos e intercambiados en un mercado”⁸¹¹. Noción que ha de diferenciarse del capital de la sociedad anónima, pues *“la mayoría de las entidades adoptan un concepto financiero del capital al preparar sus estados financieros. Bajo esta concepción del capital, que se traduce en la consideración del dinero invertido o del poder adquisitivo invertido, capital es sinónimo de activos netos o patrimonio neto de la empresa. Si, por el contrario, se adopta un concepto físico del capital, que se traduce en la consideración de la capacidad productiva, el capital es la capacidad operativa de la entidad basada, por ejemplo, en el número de unidades producidas diariamente”*⁸¹².

Se trata de conjuntos de relaciones jurídicas diferenciados, que se distinguen claramente en contabilidad analítica. En relación con las relaciones laborales la fusión transfronteriza de sociedades anónimas produce algo más que unificación de la condición de empleador en la sociedad resultante, por más que tal circunstancia se someta a ciertos condicionamientos⁸¹³, en cuanto que hay “sucesión de empresa o laboral”. Esto es, los trabajadores pasan a estar “implicados”, en sentido laxo y estricto, en la entidad resultante de la fusión. Se proclama explícitamente la consecuencia sucesora laboral, pero además, en íntima vinculación con la idea de “unificación general de relaciones jurídicas” propia de la fusión, en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se sustantiviza, como un subconjunto netamente diferenciado, en aquella unificación, que no se limita paradigmáticamente a las relaciones jurídico patrimoniales, por más que quepa una interpretación totalizadora de aquella expresión⁸¹⁴.

8.4.1.1.1. Su reflejo en la Directiva 2005/56/CE relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital y en la Model Business Corporation Act.

La Directiva de Fusiones Transfronterizas, recoge la concepción de la fusión transfronteriza conforme hemos señalado, en su artículo 14.4, según el cual *“los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza se transferirán, en razón de este hecho, a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto”*, y es generalmente reconocido en las legislaciones de los Estados miembros. Esta precisión de la normativa de la Unión Europea no se contenía en la propuesta de aquella Directiva⁸¹⁵.

La circunstancia de que la Model Business Corporation Act, en su sección 11.07 (Efecto de la Fusión), no se refiera ni a la “implicación” de los trabajadores ni al instituto sucesorio laboral o “sucesión de empresa”, no contraría su razonabilidad, en términos de subsistencia de la empresa. Debe repararse en este punto, en la diferencia de modelos de

relaciones industriales europeo y norteamericano, y en las vías a través de las cuales se sustantiviza el fenómeno sucesorio laboral que, a la postre, debe producirse por ser inherente a la “sucesión universal”.

Efectivamente, como resulta de la norma norteamericana el fenómeno de la fusión es totalizador, es decir, en virtud de la fusión *“el superviviente automáticamente deviene en titular de toda las propiedades reales y personales y en el sujeto de todas las responsabilidades, actuales o contingentes, de cada parte que fusionada. Una fusión no es una transmisión, transferencia o cesión. Una fusión no dará derecho a reclamaciones de reversión o defecto de título basadas en una transmisión prohibida, traspaso o cesión. Tampoco otorgará el derecho a interponer una reclamación para el reconocimiento de que un contrato suscrito con una parte de la fusión se haya terminado sobre la base de la su no posibilidad de cesión, salvo que dicho contrato específicamente prevea que no sobrevivirá a una fusión”*⁸¹⁶. Además la existencia del fenómeno sucesorio laboral se puede inferir de la normativa internacional existente en materia laboral, emanada de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de la que es miembro núm. 61 los Estados Unidos.

Los efectos citados se producen “ministerio legis” (“survivor automatically becomes) u “ope legis” (“by operation of the law”) y están interrelacionados en la perspectiva de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

8.4.1.1.2. Las determinaciones del Convenio n.º 158 de la Organización Mundial del Trabajo (OIT).

El Convenio n.º 158 de la Organización Mundial del Trabajo (OIT), adoptado el 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, establece en su artículo 4 que *“no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta (del trabajador) o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”*, y una fusión transfronteriza de sociedades anónimas no constituye ninguna de las “causas justificadas” antes aludidas.

Efectivamente, al no poderse poner término a la relación laboral de un trabajador si no es “justificadamente”, admitiéndose únicamente como causas justas” aquellas que estén bien relacionadas con su capacidad o su conducta, bien basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, de tal manera que la falta de justificación no requiere una actuación arbitraria del empleador o empresario sino que basta con la falta de concurrencia de alguna de aquellas “justificaciones”. Incluso se restringe de manera relevante que se puedan aducir motivos económicos, para la terminación de las relaciones laborales. Así la Recomendación n.º 166 OIT, de 22 de junio de 1982, relativa a la sobre la terminación de la relación por iniciativa del empleador, en su artículo 19.1 establece que *“todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin*

perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos para el trabajador o los trabajadores”⁸¹⁷.

Se refuerzan esas consideraciones en la “Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo”, según la cual “*en la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social también se afirma que “las empresas multinacionales, cuando prevean cambios en las operaciones (incluidos los resultantes de fusiones, adquisiciones de empresas o transferencias de producción) que puedan tener efectos importantes sobre el empleo, deberían notificar estos cambios con antelación razonable a las autoridades gubernamentales competentes y a los representantes de sus trabajadores y sus organizaciones, a fin de que las repercusiones puedan ser examinadas conjuntamente con miras a mitigar los efectos adversos al máximo posible. Esto es particularmente importante en el caso de cierre de un establecimiento que implique suspensiones o despidos colectivos”*. Previéndose importantes recursos para evitar la terminación de las relaciones laborales como consecuencia de fusiones y demás reestructuraciones empresariales⁸¹⁸.

8.4.1.2. Consideraciones generales sobre la disolución, extinción y sucesión en el “capital-patrimonio” de las sociedades participantes en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

En relación con el fenómeno sucesorio universal⁸¹⁹ que supone la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, y dados los términos en que pronuncia tanto la normativa de la Unión Europea referente la fusión de sociedades anónimas (Directiva 2011/35/UE, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, y Directiva de Fusiones Transfronterizas), como norteamericana (Model Business Corporation Act, normativa aplicativa y Delaware General Corporation Law), ha de aludirse a las cuestiones de naturaleza patrimonial que están en la urdimbre de la fusión⁸²⁰ transfronteriza de sociedades anónimas.

Por una parte, a la “disolución sin liquidación” y extinción de las sociedades anónimas que participan en la fusión, menos la absorbente o la de nueva creación. Por otra parte, a la “sucesión patrimonial universal” de la sociedad absorbente o de nueva creación, y que justifica que se excepcionen del fenómeno extintivo, al que se orienta la fusión, siendo así que la sociedad absorbente, ya existe al tiempo de las absorbidas que desaparecen, y de la de nueva creación, que aun cuando no existe durante el proceso de fusión, sí se da un momento teórico de coexistencia entre todas ellas si nos atenemos a las relaciones de causalidad, y que podría ser concomitante con el de su extinción.

8.4.1.2.1 La “disolución sin liquidación”.

En relación con la disolución, liquidación y extinción de las sociedades anónimas intervinientes en la fusión en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina mayoritaria venía afirmando la existencia en la fusión de “disolución sin liquidación”⁸²¹, previa o concomitante a la efectividad de la fusión, afirmándose que “sin disolución no hay fusión”⁸²².

No fue con la LSA de 1951⁸²³, ni doctrinalmente⁸²⁴, sino con el texto refundido de la Ley de sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con que el surgió la polémica, al establecer, en su artículo 233, que la fusión implicaría la extinción, sin aludir a la “disolución sin liquidación”, de las sociedades participantes en el proceso de fusión, salvo la de la sociedad absorbente, en su caso. A su vez, el artículo 260.6º, mantenía la fusión como causa de disolución, bien que en el artículo 261, se excluyese tal supuesto de la apertura del proceso de liquidación⁸²⁵. Esta regulación fue severamente criticada y tachada de “*conceptualmente incorrecta la inclusión de la fusión entre las causas de disolución de la sociedad anónima*”⁸²⁶. La cuestión pues que se discutía era si se producía la “disolución sin liquidación”, en principio voluntaria o asociada automáticamente al acuerdo de fusión de cada sociedad anónima, previa de todas o algunas de las sociedades anónimas participantes en la fusión, o si acaso se producía la extinción de aquellas sociedades sin previa disolución o extinción o la extinción se producía “*ope legis*”.

Habida cuenta de la regulación de la fusión contenida la LME, y su no regulación en la LSC, la cuestión se mantiene legalmente si bien parece resuelta doctrinalmente⁸²⁷. Por una parte, la fusión no se incluye en el catálogo de causas de disolución de pleno derecho de las sociedades de capital (arts. 360 y 363 LSC⁸²⁸). Lo cual no es indiferente⁸²⁹, y además supone la superación de una histórica contradicción legal⁸³⁰. Por otra parte, la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, tanto cuando establece el concepto de fusión (artículo 22), como cuando especifica las diferentes clases de fusiones elude el término disolución, y se refiere directamente a la “extinción” de las sociedades. Parece que la ley abandona, por tanto, la idea de disolución en relación con la fusión⁸³¹.

La referencia en la definición de “fusión” (tanto de la Directiva 2011/35/UE, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, artículos 3.1 y 4.1, como de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, artículo 2.a, b y c) a la “disolución sin liquidación”⁸³² de la sociedad o sociedades que se fusionan, plantea diferentes cuestiones, pues semejante referencia no se repite en la LME, por la que se adapta el ordenamiento jurídico español a la precitada norma de la Unión Europea. La expresión “disolución sin liquidación” no encierra contradicción alguna, por más que ambos conceptos estén íntimamente vinculados⁸³³.

Ha de considerarse que con la referencia la “extinción”, como hace la LME, se ajusta dogmáticamente el concepto de “fusión”⁸³⁴, y se elude una importante problemática arrastrada históricamente, siendo así que la disolución y la liquidación constituyen

conceptos, en principio⁸³⁵, inescindiblemente ligados al de extinción⁸³⁶. Debe de repararse en que el procedimiento fusión “está pensado para sustituir al de liquidación”⁸³⁷, que “la ausencia de liquidación es connatural a la sucesión universal que se produce con la fusión de sociedades”⁸³⁸ y que la razón de ser jurídica de la liquidación “está en la liberación de los socios y del patrimonio social de los lazos jurídicos sociales”⁸³⁹.

Como el término “extinción”⁸⁴⁰ puede entenderse en sentido amplio o en sentido restringido⁸⁴¹, es posible considerar que la referencia a “disolución sin liquidación” de la Directiva de Fusiones Transfronterizas queda incluida en el término “extinción”, considerado en sentido amplio. Pero es que además de posible es necesario pues en otro caso no se podría producir el fenómeno sucesorio universal propio de la fusión, que la propia ley proclama. La afirmación de que “como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo”, o que se “transfiere, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo”, no admite otra posibilidad interpretativa que la equiparación de “disolución sin liquidación” a “extinción”⁸⁴². Esta es la idea que parece también asomar en el artículo 263-2 de la Propuesta de Código Mercantil (PCM), cuando alude a que la fusión mediante creación de una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva sociedad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquellas, y que la fusión resulta de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, esta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán.

8.4.1.2.2. La “sucesión patrimonial universal”.

La sucesión patrimonial universal es característica de la fusión, y se concibe en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas como una consecuencia del fenómeno integrativo en que consiste, no como un *prius* sino como un *post*⁸⁴³. Pero ello no significa que el fenómeno sucesorio universal sea una característica exclusiva de las fusiones⁸⁴⁴, y más específicamente de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas sino que aparece cuando se trasmite la totalidad del activo y del pasivo. Lo característico de la sucesión universal que aparece y es consustancial con la fusión transfronteriza de sociedades anónimas es que se produce en virtud de un solo negocio jurídico, por más que éste se forme mediante un procedimiento complejo.

La sucesión patrimonial universal mantiene un cierto paralelismo con la sucesión hereditaria, pero en realidad la posibilidad de analogía entre ellas “*es muy escasa: la fusión se deriva del negocio de fusión, que tiene lugar cuando las sociedades que se conciertan están “vivas”, pero la sucesión presupone la “extinción”, o “muerte” de las fusionadas*”⁸⁴⁵. Es cierto que los efectos de la fusión coinciden con la extinción de las sociedades fusionadas pero ello no impide la objeción. La transmisión de la totalidad del activo y del pasivo⁸⁴⁶, es decir del patrimonio de

las sociedades anónimas que se fusionan a la resultante de la fusión no es una consecuencia de la desaparición de aquellas sino de un fenómeno integrativo societario⁸⁴⁷, que no conlleva condominio⁸⁴⁸ ni cotitularidad de derechos.

Es también esa integración con la consecuencia de la “sucesión patrimonial universal” la que demanda la protección de los acreedores sociales, debiendo naturalmente incluirse entre éstos a los trabajadores, pero ello no quiere decir que la continuidad de los mismos, en las mismas posiciones correlativas de trabajador y empresario o empleador en la sociedad resultante de la fusión, tenga el mismo fundamento, pues la protección de los salarios y otras prestaciones debidas lo trabajadores y no satisfechas en absoluto requeriría de continuidad del vínculo laboral, sino otro muy diferente relativo a la subsistencia de la empresa, agente económico fundamental en los sistemas capitalistas o de economía mercado, sin perjuicio de poderse aludir a técnicas proteccionistas del trabajo en el marco del enfrentamiento y oposición entre capital y trabajo, fundante del propio sistema de economía de mercado o capitalista.

Esa circunstancia referente al fenómeno integrativo al que responde la fusión es la que permite atribuirle carácter general, en el ámbito de las sociedades mercantiles y atribuir, consecuentemente, al fenómeno sucesorio universal que conlleva, carácter también general.

Esta atribución de generalidad es consecuente con la evolución de la perspectiva histórica, y por ello la Propuesta de Código Mercantil (PCM) incluye la fusión en el Sección 1ª, “De la fusión en general”, del Capítulo III “De la fusión”, del Título VI, “De las modificaciones estructurales”, del Libro Segundo “Disposiciones aplicables a todas las sociedades mercantiles”⁸⁴⁹ y que esta afirmación no se ve alterada por el hecho de que este Libro diferencie entre sociedades de personas y sociedades capitalistas ya que trata las modificaciones estructurales desde una “*concepción global comprensiva (...) de todas las sociedades mercantiles, con independencia de que su ámbito natural y preferente de aplicación sea el de las sociedades de capital*”⁸⁵⁰ ni porque la fusión se defina mediante el recurso a la integración indicando, en su artículo 263-1, que “*en virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad de nueva creación o ya existente, mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios*”. No obstante, sí es cierto que la regulación de las fusiones transfronterizas contenida en la Sección 2ª, del mismo Capítulo III, parece limitarse, sin claridad ni justificación suficiente⁸⁵¹, a las sociedades de capital.

8.4.1.2.3. Referencia las consecuencias fiscales de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

El artículo 76 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades que es igual a la que mantenía el artículo 83 del derogado Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo, define la fusión como “*la operación por la cual: a) Una o varias entidades transmiten en*

bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad; b) Dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad; c) Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social. En este sentido, resulta relevante destacar que “podría pensarse que todas aquellas operaciones que mercantilmente tienen la consideración de operaciones de fusión encajan dentro de la definición tributaria de fusión. Sin embargo esto no sucede tratándose de un supuesto de fusión de “sociedades hermanas”, es decir, de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio, siempre y cuando no se produzca una ampliación de capital de la sociedad absorbente”⁸⁵².

El régimen impositivo diseñado por nuestro ordenamiento para las fusiones se basa en el principio de neutralidad fiscal, de tal manera que “se pretende que la operación en sí no genere carga fiscal alguna”⁸⁵³. Esto es, “no se trata propiamente de conceder beneficios fiscales, sino de que la tributación de las sociedades intervinientes o resultantes sea la misma que si no se hubiera producido la modificación estructural”⁸⁵⁴. Se produce una exención del gravamen de los impuestos indirectos o de naturaleza municipal. La sumisión a este régimen implica la exención de IVA, ITP y AJD, y del Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. Sin embargo, no se aplicará este régimen de neutralidad cuando la operación se realice principalmente con fines de fraude o evasión fiscal⁸⁵⁵ o simplemente cuando falte alguno de los requisitos previstos legislativamente para su aplicación, muy especialmente, la existencia de un motivo económico válido para la realización de la operación de fusión.

El régimen fiscal aludido, en sus aspectos más relevantes y afectantes a las sociedades anónimas que intervienen en el proceso de fusión, sin hacer cuestión de sus repercusiones respecto de los accionistas⁸⁵⁶, determina que no se integren en la base imponible del impuesto determinadas rentas, no obstante “podrá renunciarse” a ese régimen “mediante la integración en la base imponible de las rentas derivadas de la transmisión de la totalidad o parte de los elementos patrimoniales” que según el régimen especial diseñado estarían exentas de inclusión en la base del Impuesto de Sociedades⁸⁵⁷. Asimismo, se produce una exención respecto de los impuestos indirectos así como de aquellos de naturaleza municipal (IVA, ITP/AJD y del Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana).

En el caso en que no se produzca aquella renuncia no se integrarán en la base imponible del impuesto los ingresos o rentas derivados de los bienes y derechos adquiridos mediante las transmisiones derivadas de una fusión, que serán valorados, a efectos fiscales,

por los mismos valores fiscales que tenían en la entidad transmitente antes de realizarse la operación, manteniéndose igualmente la fecha de adquisición de la entidad transmitente, en los siguientes términos: a) No se integrarán en la base imponible las rentas derivadas de la operación de fusión que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español de bienes y derechos en él situados. No obstante cuando la entidad adquirente resida en el extranjero sólo se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de la transmisión de aquellos elementos que queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español. Asimismo la transferencia de estos elementos fuera del territorio español determinará la integración en la base imponible del establecimiento permanente, en el período impositivo en que se produzca aquélla⁸⁵⁸; b) Tampoco se integrarán en la base imponible las rentas que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español, de establecimientos permanentes situados en el territorio de Estados miembros de la Unión Europea, a favor de entidades que residan en ellos, siempre que revistan determinadas formas jurídicas⁸⁵⁹. c) Asimismo no se integrarán en la base imponible las rentas que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades residentes en territorio español, de establecimientos permanentes situados en el territorio de Estados no pertenecientes a la Unión Europea en favor de entidades residentes en territorio español⁸⁶⁰; d) Igualmente no se integrarán en la base imponible las rentas que se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades no residentes en territorio español, de establecimientos permanentes en él situados. No obstante: i) cuando la entidad adquirente resida en el extranjero solo se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de la transmisión de aquellos elementos que queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español, ii) la transferencia de estos elementos fuera del territorio español determinará la integración en la base imponible del establecimiento permanente, en el ejercicio en que se produzca aquélla, de la diferencia entre el valor de mercado y el mismo valor fiscal que tenían en la entidad transmitente antes de realizarse la operación minorados, en su caso, en el importe de las amortizaciones y otras correcciones de valor reflejadas contablemente que hayan sido fiscalmente deducibles⁸⁶¹; e) De la misma manera no se integrarán en la base imponible las rentas se pongan de manifiesto como consecuencia de las transmisiones realizadas por entidades no residentes en territorio español de participaciones en entidades residentes en territorio español, en favor de entidades residentes en su mismo país o territorio, o en favor de entidades residentes en la Unión Europea⁸⁶²

Cuando la entidad adquirente participe en el capital o en los fondos propios de la entidad transmitente en, al menos un 5 por ciento, no se integrará en la base imponible de aquella la renta positiva o negativa derivada de la anulación de la participación. Tampoco se producirá dicha integración con ocasión de la transmisión de la participación que ostente la entidad transmitente en el capital de la adquirente cuando sea, al menos, de un 5 por ciento del capital o de los fondos propios. Cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente en un porcentaje inferior al 5 por ciento, se integrará en la base

imponible de aquella la renta positiva o negativa derivada de la anulación de la participación. Dicha integración se producirá, igualmente, con ocasión de la transmisión de la participación que ostente la entidad transmitente en el capital de la adquirente cuando sea inferior al 5 por ciento del capital o de los fondos propios⁸⁶³.

No obstante no se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de las operaciones referidas en las letras a), c) y d) anteriores, cuando la entidad adquirente se halle exenta por del Impuesto de Sociedades o sometida al régimen de atribución de rentas. Se excluirán de la base imponible las rentas antes indicadas aunque la entidad adquirente disfrute de la aplicación de un tipo de gravamen o un régimen tributario especial. Cuando la entidad adquirente disfrute de la aplicación de un tipo de gravamen o un régimen tributario especial distinto de la transmitente, la renta derivada de la transmisión de elementos patrimoniales existentes en el momento de la operación, realizada con posterioridad a ésta, se entenderá generada de forma lineal, salvo prueba en contrario durante el tiempo de tenencia del elemento transmitido. La parte de dicha renta generada hasta el momento de realización de la operación será gravada aplicando el tipo de gravamen y el régimen tributario que hubiera correspondido a la entidad transmitente⁸⁶⁴.

La realización de la fusión deberá ser objeto de comunicación a la Administración tributaria, que se efectuará por la entidad adquirente de las operaciones, salvo que la misma no sea residente en territorio español, en cuyo caso dicha comunicación se efectuará por la entidad transmitente. No obstante, tratándose de operaciones en las cuales ni la entidad adquirente ni la transmitente sean residentes en territorio español, la comunicación deberá ser efectuada por los socios de la entidad transmitente, siempre que sean residentes en territorio español. En caso contrario, la comunicación la realizará la entidad transmitente. La comunicación deberá efectuarse dentro del plazo de los tres meses siguientes a la fecha de inscripción de la fusión. La comunicación deberá contener: la identificación de las entidades participantes en la operación y descripción de la fusión con copia de la escritura pública correspondiente (artículos 48 y 49 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades).

8.4.1.3 Referencia a las sociedades en liquidación como parte de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

La referencia tanto de la Directiva 2011/35, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas y de la Directiva de Fusiones Transfronterizas de las sociedades de capital, en la definición de “fusión”, a que las sociedades que se fusionan “transfieren” a otra sociedad ya existente o de nueva creación “como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo”, plantea también la cuestión de si es posible la fusión transfronteriza de sociedades anónimas en liquidación.

Esta cuestión es resuelta a la vista de lo establecido en los artículos 3.2 (*“La legislación de un Estado miembro podrá prever que la fusión por absorción pueda tener lugar igualmente cuando una o varias de las sociedades absorbidas estén en liquidación, con tal de que esta posibilidad solo se otorgue a las sociedades que aún no hayan comenzado el reparto de sus activos entre sus accionistas”*), y 4.2 (*“La legislación de un Estado miembro podrá prever que la fusión por constitución de una nueva sociedad pueda tener lugar igualmente cuando una o varias de las sociedades que desaparezcan estén en liquidación, con tal de que esta posibilidad solo se otorgue a las sociedades que aún no hayan comenzado el reparto de sus activos entre sus accionistas”*), de la Directiva 2011/35/UE relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, así como en el artículo 28⁸⁶⁵ de la LME, nuestra legislación permite la fusión de sociedades en liquidación y por lo tanto la fusión transfronteriza de sociedades en liquidación en la medida que no haya comenzado el reparto del patrimonio de la sociedad a sus socios.

8.4.2. Notas esenciales.

Las notas esenciales de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas tienen como puntos o elementos de referencia la sucesión universal patrimonial y empresarial y la extinción de las sociedades anónimas participantes en el proceso de fusión, con disolución pero sin liquidación.

8.4.2.1. Modificación estructural por integración, con sucesión universal.

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas supone una “modificación estructural”, en cuanto a reordenación. Aplicando la metodología estructuralista puede considerarse que esa alteración no supone desemejanza estructural sino que ésta se mantiene en su consideración de “fractal jurídico”, dada la relación de cuasiautosemejanza o autocuasimilitud con el conjunto, fusión de sociedades anónimas, al que pertenece.

8.4.2.1.1. Integración.

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas es una “modificación estructural” de sociedades anónimas, en cuanto que dos o más sociedades anónimas de diferentes nacionalidades *“se integran en un única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones de la sociedad resultante”*⁸⁶⁶, y, en su caso, de una compensación en efectivo, salvo que la sociedad absorbente ya posea la totalidad del capital, o de otros valores de una parte distinta del sobreviviente, intereses, obligaciones, derechos de adquisición de acciones, u otros valores, efectivo, u otra propiedad⁸⁶⁷.

Lo anterior no quiere decir que, respecto del pasivo asumido, no puedan establecerse normativamente limitaciones expresas a la asunción de deudas, pues puede suceder que el importe de eventuales indemnizaciones por daños y perjuicios supere con creces el precio de adquisición de la sociedad absorbida, por ello algunas legislaciones han intervenido para limitar dicha responsabilidad, por ejemplo, como en Texas⁸⁶⁸ que lo hace “*hasta el valor razonable de mercado de los activos brutos totales de la sociedad cedente, calculado en el momento de la fusión o de la consolidación*”⁸⁶⁹.

En la fusión⁸⁷⁰ transfronteriza de sociedades anónimas hay integración⁸⁷¹ de sociedades⁸⁷², que se concibe como un fenómeno sucesorio universal⁸⁷³. Se trata de una “integración” de sociedades, no de socios no obstante su vinculación⁸⁷⁴. Es más exacto utilizar el concepto de integración que el de concentración. Ciertamente en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se producen concentraciones⁸⁷⁵, pero aquellas concentraciones también se producen con ocasión de otras operaciones económicas, en las que sin embargo no hay integración. Esto es, “*una concentración sólo comprende operaciones que den lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas*”⁸⁷⁶, pero que no han de ser integrativos. En las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, la nueva sociedad “adquirirá por sucesión universal los patrimonios” de las sociedades que se fusionan, o la sociedad absorbente “adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas”, dice el artículo 23 de la LME.

Acorde con esa perspectiva jurídica se establece en el artículo 263-2 de la PCM, que: “1. *La fusión mediante creación de una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan, el traspaso de los socios a la nueva sociedad y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva sociedad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquellas.* 2. *Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, esta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda para dar entrada a los socios de las sociedades absorbidas*”⁸⁷⁷. En la consideración de empresas mercantiles de las sociedades anónimas, la restructuración mediante la concentración que supone la fusión se produce “cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionan en una nueva empresa y dejan de existir como entidades jurídicas diferenciadas. Puede asimismo hablarse de concentración cuando una empresa es absorbida por otra; y la última mantiene su personalidad mientras que la primera deja de existir”⁸⁷⁸. Con indudable expresividad en ocasiones algunas normas internacionales recurren al término “*amalgamation*”⁸⁷⁹.

Precisa la MBCA, en su Sección 11.07 que “(1) la corporación (...) que es designada en el proyecto de fusión como superviviente continúa o deviene existente, según corresponda; (2) la existencia separada de cada corporación (...) que es fusionada en la superviviente cesa”⁸⁸⁰. Asimismo, en idéntico sentido, la Delaware General Corporation Law establece en su Sección 259 (a) “cuando cualquier fusión o consolidación devenga efectiva conforme a este capítulo (...) la existencia separada de todas las entidades participantes en

la fusión, o de todas menos una en las que la otra u otras corporaciones se hayan fusionado, según corresponda, cesará”⁸⁸¹.

8.4.2.1.2. Sucesión empresarial universal.

La “sucesión universal” se concibe y aparece en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas como una consecuencia del fenómeno integrativo en que consiste.

No obstante, el fenómeno sucesorio universal no es una característica exclusiva de aquellas fusiones⁸⁸², sino que es común a otras operaciones mercantiles que se ubican bajo la caracterización de modificaciones estructurales societarias⁸⁸³, bien que la fusión represente “el estado o grado más elevado de concentración”⁸⁸⁴. En todo caso la “sucesión universal”, fuera del ámbito hereditario en sentido estricto, sigue constituyendo una singularidad en las transmisiones patrimoniales⁸⁸⁵ que, si bien admite diferencias semánticas⁸⁸⁶, en la perspectiva contractualista, está dominada por la bilateralidad⁸⁸⁷, de ahí su tipicidad⁸⁸⁸ y prohibición de analogía⁸⁸⁹.

La “sucesión universal” es el “efecto típico de la fusión en el ámbito externo, y probablemente la derogación más importante de los principios generales de derecho civil que la misma supone”⁸⁹⁰, constituyendo un mecanismo excepcional en cuanto que ni para la transmisión de las deudas requiere el consentimiento del acreedor ni para la transmisión de la correlativa posición contractual el consentimiento de la otra parte contratante. Pero eso no es irrelevante, de ahí la exigencia de un procedimiento y de garantías para socios y acreedores⁸⁹¹.

Pero no por eso la sucesión universal en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas ha de plantearse como una novedad⁸⁹². Puede seguirse manteniendo que “la transmisión que se produce es una sucesión universal. Ello supone que afecta a todas las relaciones jurídicas, tanto activas como pasivas, del patrimonio de la sociedad que desaparece, incluida la empresa, por lo que la sociedad resultante puede continuar su explotación. Se transmiten todas las relaciones existentes a la fecha de la operación”⁸⁹³. Efectivamente, la transmisión de los patrimonios (activo y pasivo) por sucesión a título universal (in universum ius) en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas es acorde a la perspectiva histórica⁸⁹⁴. En las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas parece que la “sucesión universal” inherente a la fusión no ha de ser impositiva de la eficacia de las cláusulas resolutorias que, en determinados supuestos (p. ej. en el caso de contratos celebrados *intuitu personae*), pudieran haberse previsto y establecido en el contrato⁸⁹⁵. Con contundencia se precisa que “una fusión no es una transmisión, transferencia o cesión. Una fusión no dará derecho a reclamaciones de reversión o defecto de título basadas en una transmisión prohibida, traspaso o cesión. Tampoco otorgará el derecho a interponer una reclamación para el reconocimiento de que un contrato suscrito con una parte de la fusión se haya terminado sobre la base de la su no posibilidad de cesión, salvo que dicho contrato específicamente prevea que no sobrevivirá a una fusión”⁸⁹⁶.

A “transmisión universal” alude la Directiva 2011/35/UE relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (artículo 19.1.a), a que la “totalidad del patrimonio activo y pasivo se transferirá” se refiere la Directiva 2005/56/CE, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (artículo 14.1.a y 2.a). Se produce una “transmisión en bloque de patrimonios”⁸⁹⁷, lo que no se desdice porque en algunos ordenamientos la transmisión de concretos bienes incluidos en aquel patrimonio que se transmite, esté sujeta a determinadas formalidades que condicionen su efectiva adquisición⁸⁹⁸. Acontece “la transmisión universal a la sociedad absorbente de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de cada sociedad absorbida” y “la sociedad absorbente se convertirá en SE”, o se produce “la transmisión universal a la nueva SE de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de las sociedades que se fusionen” (artículo 29.1.a y 2.a, del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)).

Según la Sección 11.07 de la MBCA (Efecto de la Fusión o Canje de Acciones), Cuando la fusión sea efectiva: “(3) *toda propiedad poseída y cada derecho de contrato poseído por cada Sociedad o la entidad elegible que se fusiona con la sobreviviente se confiere a la sobreviviente sin reversión o menoscabo; (4) todas las responsabilidades de cada sociedad o entidad elegible que se fusiona con la sobreviviente son conferidas a la sobreviviente*”⁸⁹⁹. En igual sentido se pronuncia la Delaware GCL señalando en su Sección 259 que “*las corporaciones intervinientes devendrán en una nueva corporación o se fusionarán en una de tales corporaciones, según corresponda, poseyendo todos los derechos, privilegios, poderes y franquicias tanto de naturaleza pública como privada y estando sujeta a todas las restricciones, incapacidades y deberes de cada una de tales corporaciones así fusionadas o consolidadas; y todos y cada uno de los derechos, privilegios, poderes y franquicias de tales corporaciones, y cualquier propiedad, real, personal y mixta y cualesquiera deudas debidas a cualquiera de tales corporaciones intervinientes por cualquier cuenta, así como los derechos de suscripción así como cualesquiera otras cosas en curso o pertenencias de cada una de tales corporaciones corresponderán a la entidad superviviente o resultante de tal fusión o consolidación; y todas las propiedades, derechos, privilegios, poderes y franquicias así como cualesquiera otros intereses serán con posterioridad a la misma tan efectivamente propiedad de la entidad superviviente o resultante como lo fueron de las varias y respectivas entidades fusionadas; y el título de cualquier activo inmobiliario que corresponda en virtud de escritura pública o de cualquier otro modo, conforme a las leyes de este Estado, a cualquiera de las entidades fusionadas, no revertirá o en ningún modo se verá en ningún modo perjudicado por lo previsto en este capítulo; pero todos los derechos de acreedores y todas las cargas que graven cualquier propiedad de tales entidades fusionadas, serán preservadas sin perjuicio alguno, y todas las deudas, responsabilidades y deberes de las respectivas entidades fusionadas serán en adelante transmitidas a dicha entidad superviviente o resultante y podrá ser ejecutada contra ella en la misma medida que si tales deudas, responsabilidades y deberes hubieran sido incurridas o contratadas por ella*”⁹⁰⁰.

8.4.2.1.2.1. Transmisión universal del patrimonio activo y pasivo

Una fusión por absorción “*implica ipso iure la transmisión universal del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente*”⁹⁰¹.

Este efecto objetivo despliega plena eficacia subjetiva frente a los titulares de aquellas masas patrimoniales, esto es tanto frente a los socios de las sociedades que participan en la fusión como en relación con los terceros que hubieran entrado en relación con alguna de las sociedades participante en la fusión.

No obstante, la Directiva de Fusiones Transfronterizas no define el concepto de “patrimonio activo y pasivo”⁹⁰². Por ello, con arreglo al artículo 19, apartado 1, letra a), de la Directiva 2011/35/UE⁹⁰³ habrá que recurrir a los conceptos financieros correspondientes⁹⁰⁴. Además, dicha disposición no contiene ninguna remisión al Derecho de los Estados miembros por lo que respecta a esa definición (...) y, según reiterada jurisprudencia del TJUE, *“es una exigencia tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar”*⁹⁰⁵.

La MBCA elude la referencia a la sucesión universal, pero establece un fenómeno sucesorio universal, incluyendo la sucesión procesal, al referirse en su sección “11.07. Efecto de la Fusión” que *“(a) Cuando una fusión devenga efectiva: (1) La sociedad o entidad elegible que es designada en el proyecto de fusión como la superviviente continúa o devendrá existente, según corresponda; (2) la existencia separada de cada Sociedad o sociedad elegible que es fusionada con la superviviente cesa; (...); (5) el nombre de la superviviente puede, pero no necesariamente, ser sustituido en cualquier procedimiento pendiente por el nombre de cualquiera de las partes de la fusión cuya existencia separada cesó en la fusión; (6) los estatutos o documentos constitutivos de la entidad superviviente son modificados en la medida prevista en el proyecto de fusión; (7) los estatutos o documentos constitutivos de la sobreviviente que es creada por la fusión devienen efectivos”*⁹⁰⁶.

El Comentario Oficial a esa Sección afirma que *“bajo la sección 11.07 (a), en el caso de una fusión la superviviente y las partes que se fusionan con la superviviente se convierten en uno. La entidad superviviente se convierte automáticamente en propietaria de todos los bienes inmobiliarios y personales, y se convierte en objeto de todas las responsabilidades, actual o contingente, de cada parte que se fusionó con ella. Una fusión no es una transmisión, traslado o cesión. No da lugar a reclamaciones de reversión o deterioro del título basado en una transmisión, traslado o cesión prohibida. No da lugar a una reclamación dirigida a declarar que un contrato suscrito con una parte de la fusión ya no esté en vigor en base a su no transmisibilidad, a menos que el contrato prevea específicamente que no sobrevive a una fusión. Todos los procedimientos pendientes que involucran ya sea a la superviviente o a una parte cuya existencia separada cesó como resultado de la continuidad de la fusión”*, precisándose la diferencia con el canje de acciones. Esa idea integrativa y totalizadora se reitera en otras normas sigan o no el modelo de la MBCA. Baste ésta referencia para los subepígrafes que a continuación se desarrollan, en los que se debe dar por reproducida⁹⁰⁷.

8.4.2.1.2.1.1. Transmisión patrimonial universal ipso iure y simultáneamente, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente o entre las sociedades participantes que se extinguen y la sociedad de nueva creación, como con respecto a terceros.

El artículo 19, apartado 1, letra a), de la Directiva 2011/35 dispone que “*la fusión produce ipso iure y simultáneamente (...) la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como con respecto a terceros, de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente*”.

La utilización de la expresión “ipso iure” demuestra que la fusión lleva aparejada de pleno derecho, sin ninguna otra condición formal o material, la transmisión de la totalidad del patrimonio activo y pasivo. Por lo tanto, la transmisión en caso de fusión se rige por el Derecho de la Unión. Sin embargo, ha de determinarse el ámbito de aplicación del artículo 19, apartado 1, letra a), de la Directiva 2011/35⁹⁰⁸. Precisándose que el artículo 19, apartado 1, letra a), de la Directiva 2011/35 no sólo se aplica a la responsabilidad civil, sino que “*el ámbito de aplicación del artículo 19, apartado 1, letra a), de dicha Directiva se refiere al “patrimonio pasivo”, es decir a todas las deudas que gravan todos los bienes y obligaciones de una persona, configurados como una universalidad jurídica. Al utilizar esas expresiones amplias, el citado artículo tiene claramente por objeto englobar cualquier posible deuda, con independencia del origen y de la naturaleza de la responsabilidad civil, penal o cuasi penal, siempre que se trate de una responsabilidad de la propia sociedad absorbida y pueda traducirse en un valor pecuniario. Así se desprende aún con mayor claridad de la versión inglesa de la Directiva 2011/35 que, aunque no califica la transmisión como “universal”, se refiere a “all the assets and liabilities”. No cabe duda de que una deuda de naturaleza cuasi penal (...) constituye una “liability” de la sociedad absorbida*” Por consiguiente, todas las deudas que gravan a una sociedad participante en una fusión, incluidas las deudas a favor del Estado, forman parte de su patrimonio pasivo y, por consiguiente, se transmiten automáticamente y sin más condiciones a la sociedad resultante de la fusión”⁹⁰⁹.

Respecto de las deudas de naturaleza tributaria, esto es, frente al Estado, la sucesión a título universal tiene como consecuencia su transmisión a la entidad adquirente, que asumirá el cumplimiento de los requisitos necesarios para continuar aplicando los beneficios fiscales o consolidar los aplicados por la entidad transmitente. Esta subrogación comprende exclusivamente los derechos y obligaciones nacidos al amparo de las leyes españolas. También se transmitirán a la entidad adquirente las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente, siempre que se produzcan determinadas circunstancias⁹¹⁰ (artículo 84, “subrogación en los derechos y las obligaciones tributarias”, de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades)⁹¹¹.

En definitiva, puede concluirse que “*el artículo 19, apartado 1, letra a), de la Directiva 2011/35, al igual que el artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2005/56 (20) que contiene una disposición análoga, establecen evidentemente una definición común del concepto de patrimonio pasivo, sin que los Estados miembros tengan la posibilidad de limitar o de ampliar su alcance*”⁹¹². No puede suceder que p.e.j. el Derecho aplicable a la sociedad absorbida exija la transmisión de una

deuda y que el Derecho aplicable a la sociedad absorbente la excluya, pues se plantearía un conflicto entre ambos Derechos que la Directiva 2005/56 no puede resolver, lo cual resultaría contrario a su objetivo de facilitar las fusiones transfronterizas”⁹¹³.

8.4.2.1.2.1.2. Asunción del presente y del pasado.

Con seguridad puede pues afirmarse que una fusión por absorción entraña que la sociedad absorbente adquiera a la sociedad absorbida en su integridad, incluido su pasado. Como señala el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2011/35, la fusión por absorción se consuma mediante la “disolución sin liquidación” de las sociedades que se fusionan, lo cual supone la transmisión de la sociedad absorbida en su conjunto, sin que se produzca la extinción de obligaciones que habría ocasionado la liquidación. Es precisamente por ese motivo, es decir, por el riesgo de que la sociedad absorbente no tenga conocimiento de los elementos del pasivo de la sociedad absorbida en el momento de la fusión que son adquiridos por razón de la fusión, por lo que, en ocasiones, el acuerdo de fusión contiene una cláusula de manifestaciones y garantías (“*representations and warranties*”) a favor de la sociedad absorbente”⁹¹⁴. Afirmación que, sin duda, también es predicable de la fusión mediante constitución de una nueva sociedad anónima.

Se afirma que “*el concepto de persona jurídica es una de las creaciones más relevantes del Derecho. La ficción consistente en equiparar una organización de bienes y personas a la persona natural ha tenido importantes y beneficiosos efectos en la realidad jurídica y económica. Mediante dicha ficción, las personas jurídicas, al igual que las naturales, nacen, crecen y mueren. Además, el principio de limitación de responsabilidad inherente a determinadas sociedades de capital hace que éstas puedan liquidarse y disolverse (o morir en sentido metafórico), extinguiéndose las deudas que resultaren impagadas tras la liquidación, y sin que sus promotores o socios tengan que hacer frente a las eventuales deudas pendientes una vez liquidado todo el activo*”⁹¹⁵. Semejante metáfora es útil para la explicación de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, porque la fusión transfronteriza de sociedades anónimas constituye una excepción a esa metafórica afirmación. En la fusión transfronteriza de sociedades anónimas las que se fusionan se extinguen pero sin que hubiera precedido la liquidación de las mismas, y los socios efectivamente no responden pero no porque haya habido liquidación, que no la hay, sino porque existe “sucesión universal” de la sociedad absorbente o de nueva creación.

8.4.2.1.2.1.3. Transmisión de las deudas “in statu nascendi” y de “spes debiturum iri”.

El principio básico, inherente a la fusión de que después de la fusión, la sociedad absorbente se subroga en las responsabilidades de la sociedad absorbida, no es en absoluto novedosa.

Así, en los numerosos litigios en Europa y en Estados Unidos en los que se exigió responsabilidad a las sociedades absorbentes, a veces en el marco de demandas colectivas, por hechos anteriores al momento de la fusión de los que fue responsable la empresa absorbida, se apreció la responsabilidad de la sociedad absorbente. Un ejemplo de éstas lo constituyen las numerosas demandas interpuestas tras fusiones por el hecho de que, antes de la fusión, la sociedad absorbida había expuesto a sus trabajadores al amianto, a raíz de lo cual sufrieron asbestosis y mesotelioma. En todos esos casos, la falta de conocimiento por la sociedad absorbente de esa responsabilidad en el momento de la fusión no impidió en modo alguno que la responsabilidad se transmitiera de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente⁹¹⁶.

Incluso las deudas que están “*in statu nascendi*” en el momento de la fusión se transmiten a la sociedad resultante de la fusión. Lo cual se corresponde y contrapesa por la circunstancia de que la sociedad anónima absorbente, también adquiere todo el patrimonio activo, es decir, no sólo los derechos que pueden ejercitarse en el momento de la fusión, sino también las expectativas de un crédito futuro (*spes debiturum iri*) y los derechos que nazcan después de la inscripción de la fusión⁹¹⁷.

Al respecto puede afirmarse que “*ninguna disposición de la Directiva 2011/35 se opone a esta interpretación del concepto de patrimonio pasivo de la sociedad absorbida. Por otra parte, tampoco se opone a la interpretación del término pasivo que se utiliza, teniendo en cuenta el momento en que se produjeron los hechos del litigio principal, en la Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, en su versión modificada por la Directiva 2009/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009 y, en particular, en su artículo 9, bajo la rúbrica “Pasivo”, en las letras B), punto 3, y C), punto 8*”, siendo así además que “*la circunstancia de que una deuda in statu nascendi no esté comprendida en el concepto de pasivo en el sentido de la Directiva 78/660 y, por consiguiente, no figure en el balance que acompaña al proyecto de fusión no basta para excluirla del concepto de patrimonio pasivo a efectos de la Directiva 2011/35 (...). Por tanto, una fusión por absorción entraña que la sociedad absorbente adquiera a la sociedad absorbida en su integridad, incluido su pasado*”⁹¹⁸.

Por otra parte, “*al señalar el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2011/35, la fusión por absorción se consuma mediante la “disolución sin liquidación” de las sociedades que se fusionan, está suponiendo la transmisión de la sociedad absorbida en su conjunto, sin que se produzca la extinción de obligaciones que habría ocasionado la liquidación. Es precisamente por ese motivo, es decir, por el riesgo de que la sociedad absorbente no tenga conocimiento de los elementos del pasivo de la sociedad absorbida en el momento de la fusión, por lo que, en la práctica, el acuerdo de fusión suele contener una cláusula de manifestaciones y garantías (“disclosure and warranties”) a favor de la sociedad absorbente*”⁹¹⁹.

La fusión esta, pues, tipificada⁹²⁰ como un fenómeno de sucesión universal, y se corresponde con su concepción doctrinal⁹²¹. La función propia de la fusión es realizar el fenómeno sucesorio universal, “uno actu”⁹²² y “en la normalidad del Derecho”⁹²³, lo que no se cuestiona porque “*cundo la legislación de los Estados miembros imponga, en el caso de fusión*

transfronteriza de sociedades contempladas por la (...) Directiva (2005/56), trámites especiales para que la transferencia de determinados bienes, derechos y obligaciones aportados por las sociedades que se fusionen sea oponible a terceros. Dichos trámites se aplicarán y serán efectuados por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza” (artículo 14.3 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas). Por ello debe huirse de la propensión a contemplar el fenómeno sucesorio⁹²⁴ que conlleva la fusión transfronteriza de sociedades anónimas como un fenómeno singular⁹²⁵.

8.4.2.1.2.1.4. Extinción y subentrada de personalidades jurídicas.

Se afirma que este efecto característico de la fusión “origina, cuando menos, una situación de alerta en los acreedores sociales que ven como su sociedad deudora se va a extinguir sin previa liquidación dirigida a la satisfacción de los mismos”⁹²⁶. Pero esa preocupación deja de existir cuando se repara en el fenómeno sucesorio universal que se produce. “La sociedad absorbida dejará de existir” o “las sociedades que se fusionan dejarán de existir” (artículo 14.1.c y 2.1, de la Directiva de Fusiones Transfronterizas y artículo 29.1.c y 2.c, del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)). Hay extinción de sociedades anónimas⁹²⁷, con la consecuencia de la “transmisión en bloque” de “sus patrimonios” (“reunión de patrimonios íntegros”⁹²⁸), y “la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones de la sociedad resultante”, que permanece⁹²⁹ o es de nueva creación, que sucede, ocupa, continúa, se subroga en las relaciones jurídicas de las sociedades anónimas que se extinguen ocupando la posición que aquellas asumían previamente⁹³⁰, siendo indiferente al fenómeno de integración y sucesorio que la fusión se lleve a efecto mediante absorción o por constitución de una nueva sociedad⁹³¹. Se trata de una forma de extinción de sociedades anónimas diferente de la disolución-liquidación, en la medida en que se produce una sucesión universal de relaciones jurídicas”⁹³².

La sociedad absorbente o la sociedad de nueva creación sub-entra⁹³³ en la titularidad de los patrimonios de las sociedades que se fusionan y en las relaciones jurídicas en las que son parte. No ocupan una nueva posición, sino que continúan la que tenía o tenían la sociedad o sociedades participantes en la fusión⁹³⁴. La extinción de las sociedades absorbidas o de todas las participantes en la fusión cuando esta se produce mediante la constitución de una nueva sociedad, extingue la personalidad jurídica de éstas, por ello no hay continuidad en esa o esas personalidad o personalidades ni de la sociedad absorbente ni de la sociedad de nueva creación. La extinción de aquellas sociedades anónimas participantes en la fusión es una consecuencia de la “integración”⁹³⁵, en que se desenvuelve la fusión, que produce la sucesión universal⁹³⁶.

Ciertamente, en realidad, durante todo el período que precede a la fusión y hasta la inscripción registral o archivo/depósito del acuerdo de fusión, todas las sociedades anónimas participantes en la fusión, incluidas absorbente y absorbidas, existen y actúan como personas jurídicas plenamente capaces de negociar y acordar la fusión. La extinción

de todas las sociedades anónimas como sujetos de derecho (fusión por constitución de una nueva sociedad) o de todas menos una menos una (fusión por absorción) sólo tiene lugar al perfeccionarse la fusión y, en particular, al procederse a la inscripción registral depósito o archivo de la misma, pero no antes, y buena prueba de ello es el hecho de que, en una fusión por absorción, en el caso de que la operación no llegue a perfeccionarse, la sociedad que habría debido ser absorbida continuará existiendo como persona jurídica autónoma⁹³⁷. Por ello la extinción de las sociedades que se produce como consecuencia de la fusión no se puede pretender parificar a un procedimiento ordinario de extinción de sociedades anónimas⁹³⁸, sino que en el momento de la extinción se produciría la “subentrada” de las sociedades participantes en la sociedad absorbente o resultante.

8.4.2.2 Proceso y procedimientos de fusión.

Cualquiera que sea la clase de fusión, ésta se constituye como un proceso⁹³⁹ que se puede desenvolver mediante diferentes procedimientos⁹⁴⁰, cuya característica es la imperatividad⁹⁴¹, y cuyos efectos son tales que deviene en elemento constitutivo⁹⁴² de la noción misma de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, que está íntimamente ligado al fenómeno de integración patrimonial y personal universal que produce la fusión⁹⁴³, pero del que se puede diferenciar analíticamente, como veremos seguidamente.

8.4.2.2.1. Características generales del proceso de fusión

Efectivamente, la fusión transfronteriza de sociedades anónimas se manifiesta y se cumplimenta mediante un proceso, hasta tal punto de que podemos afirmar que es inimaginable sin proceso.

El proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas es una serie o sucesión de actos, lógica y razonablemente ordenados, que “constituye el presupuesto de la eficacia caracterizadora de (tales) reestructuraciones societarias”⁹⁴⁴, y que reúne las características siguientes:

- (i) “Complejidad”, en cuanto que se desenvuelve en un conjunto de fases.
- (ii) “Desarrollo sucesivo y pautado”, en diferentes etapas.
- (iii) “Duración temporal”, porque no es instantáneo.
- (iv) “Progresión”, dado que se orienta en un “ir hacia adelante” hacia una finalidad concreta.

Se trata de un proceso jurídicamente regulado, lo cual supone dos cosas: (i) por una parte, que la actividad de las sociedades anónimas intervinientes en el proceso de fusión

transfronteriza de sociedades anónimas debe ajustarse a Derecho; y (ii) por otra parte, que es el Derecho el que crea el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, no quienes intervienen en ella. El proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, es uno y único y tiene carácter institucional. Los procedimientos son múltiples tanto dentro de una misma jurisdicción, como, por la propia naturaleza transnacional de la propia fusión transfronteriza, en cada una de las diferentes jurisdicciones.

La juridicidad del proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, que se puede desarrollar mediante diferentes procedimientos, determina que mediante el mismo se establezca una precisa relación jurídica, con el surgimiento de deberes y derechos para las sociedades anónimas intervinientes en el mismo. Por ello, no puede ser exigible que la realización de cualesquiera otras operaciones que pretendan lograr un resultado final equiparable, en términos de eficacia económica, al que se logra mediante las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, tengan que formularse necesariamente como un proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, y conforme a alguno de los procedimientos preestablecidos en las diferentes jurisdicciones⁹⁴⁵.

8.4.2.2.1. Autonomía, unitariedad y homogeneidad del proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

En las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, el proceso y los procedimientos, son consecuentes con el carácter corporativo de las entidades participantes.

La importancia del proceso en la delimitación conceptual de la “fusión” es tal que, en una perspectiva funcionalista, la fusión transfronteriza de sociedades anónimas no es solo un resultado sino un proceso⁹⁴⁶, que dota de unidad sistemática al concepto mismo de fusión transfronteriza de sociedades anónimas⁹⁴⁷.

En cuanto proceso, que se puede desenvolver en una pluralidad de procedimientos, el fenómeno de la fusión es, “autónomo y unitario” y, por tanto, “homogéneo”⁹⁴⁸.

El “proceso”, a través del oportuno procedimiento, dota a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas de su unidad característica, ajustada a su efecto integrador y sucesorio universal. Por ello aquel proceso y procedimientos no se confunden ni pueden pretender identificarse con los de constitución de sociedades anónimas o de modificación de los estatutos sociales⁹⁴⁹. Es un elemento esencial y característico, que dota de autonomía a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, por lo que ha de estar siempre presente⁹⁵⁰. En otro caso no habrá fusión.

Al ser corporaciones las sociedades anónimas, en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se da una concurrencia de procedimientos, el propio de la fusión transfronteriza que se esté llevando a cabo y los correspondientes y necesarios para la

conformación de la voluntad y funcionamiento de la organización societaria. Pero no se confunden, por más que aparezcan, en ocasiones, no solo aludidos sino entremezclados en determinadas regulaciones positivas.

Los aspectos relativos a los controles de legalidad y registrales están presentes, con más o menos intensidad, en todas las legislaciones, dado, por una parte, por la universalidad de una determinada concepción del estado de Derecho, que presupone el poder y la omnipresencia del Estado, y por otra parte, la debilidad de la incipiente gobernanza mundial y del estado inicial en la emergencia de las nuevas formas de creación (fuentes, en sentido amplio) del Derecho. No obstante ni unos ni otros deben confundirse con el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas. Son sustantivamente diferentes, y analíticamente deben diferenciarse. El proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas se debe incluirse en el ámbito del Derecho y la razón, y los controles de legalidad y registrales deben incluirse en el del “poder asimétrico”⁹⁵¹ del Estado.

8.4.2.2.2. El proceso y los procedimientos de fusión transfronteriza de sociedades anónimas en las normas ejemplares.

Las normas ejemplares ponen de manifiesto la naturaleza procedimental de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas. Semejante circunstancia se pone de relieve tanto en la MBCA, como en la Directiva sobre Fusiones Transfronterizas y en el Reglamento 2157/2001 por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea), bien que con la impronta característica de los diferentes sistemas jurídicos en los que se encuadran aquellas normas.

8.4.2.2.2.1. Proceso y procedimientos de fusión en la Model Business Corporation Act, en la Delaware General Corporation Law, y en otras normas complementarias y derivadas.

La MBCA instituye un proceso general “statutory merger”, y los procedimientos, “long-form merger” y “short-form merger” (secciones 11.04 y 11.05), de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, al establecer que *“una o más corporaciones mercantiles nacionales pueden fusionarse con una o más corporaciones mercantiles extranjeras conforme a un proyecto de fusión, o dos o más corporaciones mercantiles extranjeras o nacionales o entidades extranjeras elegibles pueden fusionarse en una nueva corporación mercantil nacional que se creará en la fusión de la manera prevista en este capítulo”*⁹⁵² (con referencia al Capítulo 11), y que *“una entidad mercantil extranjera (...) puede ser parte de una fusión con una corporación mercantil nacional o puede ser creadas por los términos del proyecto de fusión, sólo si la fusión está permitida para la corporación mercantil extranjera”*⁹⁵³.

La MBCA no alude a la fase negocial que conduce al “*plan of merger*” o proyecto de fusión, pero, en todo caso, ésta ha de presuponerse. El procedimiento de fusión

transfronteriza de sociedades anónimas regulado se centra en la adopción, aprobación y ejecución del “plan of merger” o proyecto de fusión, bien que con determinadas excepciones, cuya existencia no desdice la exigencia del proceso de fusión, por más que el procedimiento sea, en tales supuestos, mínimo.

La exigencia de la adopción y aprobación del “*plan of merger*” o proyecto de fusión es concluyente conforme a la MBCA que establece en su Sección 11.04 que *“conforme a la sección 11.04 el consejo tiene que adoptar un proyecto de fusión (...). Con posterioridad, el consejo tendrá que remitir el proyecto a los accionistas para su aprobación, salvo que las condiciones recogidas en la sección 11.04(g) o en la sección 11.05 sean satisfechas. Un proyecto de fusión tiene que ser siempre aprobado por los accionistas de una corporación que se fusiona en otra, salvo que dicha corporación fuera una filial de la entidad con la que se fusiona y la fusión estuviera regulada por la sección 11.05. Sin embargo, conforme a lo previsto en la sección 11.04(g) la aprobación de un proyecto de fusión (...) por los accionistas de la entidad superviviente en una fusión (...) no es querido si las condiciones establecidas en tal sección, incluyendo la condición fundamental recogida en la sección 6.21(f), son cumplidas”*⁹⁵⁴.

Respecto de la suscripción de los “*articles of merger*” o resumen de la fusión, también es concluyente la MBCA al establecer en su Sección 11.06 la obligatoriedad de su suscripción y determinando su contenido mínimo, indicando expresamente que *“después de que un proyecto de fusión (...) haya sido adoptado y aprobado tal y como se requiere por la presente Ley, se suscribirá el resumen de la fusión en representación de cada parte de la fusión por un directivo u otro representante debidamente autorizado. El resumen recogerá: (1) los nombres de la partes de la fusión (...); (2) Si los estatutos sociales del superviviente de una fusión son modificados o si una nueva corporación es creada como consecuencia de la fusión (...); (3) si el proyecto de fusión (...) requirió la aprobación de los accionistas de una corporación nacional que fuera parte de la fusión (...), una declaración de que el proyecto fue debidamente aprobado por los accionistas y, si el voto de un grupo de voto separado fue requerido, por cada uno de tales grupos de voto separado, en la manera prevista en la presente Ley y en los estatutos sociales; (4) si el plan de fusión no requirió la aprobación de los accionistas de una corporación nacional que fuera parte de la fusión, una declaración en tal sentido; y (5) en relación con cada corporación extranjera que fuera parte de la fusión, una declaración de que la participación de la entidad extranjera fue debidamente autorizada, conforme a lo previsto por la ley orgánica de la corporación”*⁹⁵⁵.

Respecto del voto separado por parte de algún grupo de accionistas, el Comentario Oficial a la MBCA indica que *“una clase o serie (de acciones) tendrá derecho a votar como un grupo de voto separado sobre alguna de las previsiones del plan en el caso de que tal previsión, si estuviere recogida en una modificación a los estatutos sociales, hubiera requerido aprobación de tal clase o serie, votando como un grupo separado, conforme a la sección 11.04. Conforme a este último requisito, una clase o serie (de acciones) tendrá derecho a votar como un grupo independiente de voto si los términos de tal clase o serie están siendo modificados o las acciones de tales clases o series están siendo convertidas en acciones de otras series o clases. En el supuesto de que la entidad superviviente fuera una entidad mercantil extranjera, no se pretende que cambios inmateriales en los términos de una clase o serie conforme con el uso de las normas de la jurisdicción extranjera otorguen por sí mismos el derecho a votar como un grupo separado”*⁹⁵⁶.

La fase de ejecución requiere también del depósito (registro) de los “*articles of merger*” o resumen de la fusión. Este depósito, como indica el Comentario Oficial a la Sección 11.06 “*hace la transacción una cuestión de archivo público*”⁹⁵⁷. En este sentido la Sección 11.06.(b) de la MBCA señala que “*el documento de fusión será entregado al secretario de estado para su registro por la entidad superviviente de la fusión y tendrá efectos en la fecha de efectos recogida en la Sección 1.23. El documento de fusión depositados conforme a lo previsto en esta sección puede estar combinado con cualquier depósito exigido conforme a la normativa de aplicación a cualquier entidad nacional elegible que esté involucrada en la transacción si el registro combinado satisface tanto los requisitos de esta sección como los de la normativa de aplicación*”⁹⁵⁸. De aquella sección 1.23 se puede inferir con precisión la fecha de efectos que, en resumen será, bien la fecha de depósito bien la fecha de efectos indicada en el documento, en el bien entendido que dicha fecha de efectos tiene que estar dentro de los 90 días de su depósito⁹⁵⁹.

La complejidad del proceso y la posible concurrencia de múltiples procedimientos correspondientes a diferentes jurisdicciones se pone en evidencia cuando se afirma que “una fusión de una corporación nacional con una corporación extranjera (...) está autorizada por el capítulo 11 solo si la fusión está permitida por las normas bajo las que la corporación extranjera (...) está organizada y, en la realización de la fusión las corporaciones mercantiles extranjeras u otras entidades cumplen con tales normas. Si y en qué términos una corporación o entidad extranjera está autorizada a fusionarse con una corporación nacional es una cuestión que está regulada por las normas bajo las que tal corporación o entidad está organizada o por las que está regida y no por este capítulo 11”⁹⁶⁰.

El proceso y la variedad de procedimientos de fusión transfronteriza de sociedades anónimas se manifiesta también en los demás ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión en términos muy similares, por lo que no es preciso efectuar una referencia pormenorizada a los mismos, baste con una somera cita⁹⁶¹.

No obstante, por ser la “gran competidora” de la MBCA, sí es procedente y oportuno referir el proceso y los procedimientos de fusión transfronteriza de sociedades anónimas que se recogen en la Delaware GCL⁹⁶².

En dicha norma se recoge el proceso y los procedimientos de fusión transfronteriza en su Sección 252 (“*Fusión o consolidación de corporaciones nacionales y extranjeras; procedimiento aplicable a la entidad superviviente o resultante*”) ⁹⁶³. El inciso final de la Sección 252.(a), indica a este respecto que “*adicionalmente, cualesquiera 1 o más corporaciones existentes conforme a las leyes de este Estado pueden fusionarse o consolidarse con 1 o más corporaciones organizadas conforme a las leyes de cualquier jurisdicción diferente de una de los Estados Unidos si las normas conforme a las que tal corporación o corporaciones están organizadas permiten a una corporación de tal jurisdicción fusionarse o consolidarse con una corporación de otra jurisdicción*”⁹⁶⁴.

El procedimiento de fusión se establece en la Delaware GCL con ocasión de determinar el contenido del acuerdo de fusión.

Así, dicha norma impone la existencia de un acuerdo de fusión indicando que “*todas las entidades intervinientes (en el proceso de fusión) suscribirán un acuerdo de fusión o consolidación*”⁹⁶⁵, como resultado de un determinado procedimiento que resulta implícitamente aludido mediante la referencia al contenido de aquel acuerdo.

Dicha alusión que supone el reconocimiento implícito de un proceso de fusión se recoge en la Sección 252.(b) indicando que “*el acuerdo mencionará: (1) los términos y condiciones de la fusión o consolidación; (2) el modo de llevar la misma a cabo; (3) la manera, si existiera, de convertir las acciones de cada una de las corporaciones intervinientes en acciones u otros valores de la corporación superviviente o resultante de la fusión o consolidación, o de cancelar algunas o todas las citadas acciones, y, si cualesquiera acciones de las corporaciones intervinientes no permanecerán pendientes de conversión únicamente en acciones u otros valores de la corporación superviviente o resultante, el efectivo, propiedades, derechos, valores de cualquier otra corporación o entidad que los propietarios de tales acciones vayan a recibir a cambio de o como consecuencia de la conversión de tales acciones y la entrega de cualesquiera certificados en prueba de las mismas, el efectivo, propiedades, derechos, valores de cualquier otra corporación o entidad podrían ser adicionales o en lugar de las acciones u otros valores de la corporación superviviente o resultante*”⁹⁶⁶.

En cuanto a la adopción del acuerdo, su aprobación, certificación, ejecución y reconocimiento, dicha Sección 252 establece en su apartado (c) que “*el acuerdo será adoptado, aprobado, certificado, ejecutado y reconocido por cada de las entidades intervinientes de acuerdo a las normas conforme a las que se constituyó (...). En lugar de depositar el acuerdo de fusión o consolidación, la corporación superviviente o resultante de la fusión podrá depositar un certificado de fusión o consolidación, ejecutado de conformidad con el § 103*”⁹⁶⁷ de este título”⁹⁶⁸.

Otros contenidos del acuerdo de fusión inciden en la idea de que el procedimiento de fusión transfronteriza de sociedades anónimas resultante de la Delaware GCL, es complejo. Así se indica en aquella norma que “*(4) cualesquiera otros datos o previsiones deseables, incluyendo de manera meramente enunciativa pero no limitativa, una previsión para el pago en efectivo en lugar de la emisión o reconocimiento de partes alicuotas de acciones de la corporación superviviente o resultante o de cualquier otra corporación cuyos valores van a ser recibidos en la fusión o consolidación o respecto de cualquier otro acuerdo respecto de los anteriores consistente con la § 155 de este título; y (5) cualesquiera otras previsiones o hechos que fuera requerido incluir en los certificados de incorporación (léase escrituras de constitución en lo que respecta a las entidades españolas) conforme a las normas del estado que sean indicadas en el acuerdo como las normas aplicables a la corporación superviviente o resultante y que pueden ser establecidas para en supuestos de fusión o consolidación. Cualquiera de los términos del acuerdo de fusión o consolidación pueden estar sujetos a hechos verificables fuera de tal acuerdo, siempre que la forma en la que tales hechos operarán conforme a los términos del acuerdo sean clara y expresamente recogidos en el acuerdo de fusión o consolidación*”⁹⁶⁹.

8.4.2.2.2. Proceso y procedimientos de fusión transfronteriza de sociedades anónimas en la Directiva 2005/56/CE, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, y en la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Referencia al Reglamento 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea).

La Directiva de Fusiones Transfronterizas, describe minuciosamente el procedimiento de las fusiones transfronterizas. Dicho procedimiento paneuropeo habrá de complementarse con la normativa nacional aplicable, siendo en el caso español, el establecido en la LME. El protagonismo procedimental se reparte entre los socios y los administradores, aun cuando la iniciativa corresponde a éstos últimos habida cuenta de la importancia del “proyecto de fusión”. Lo mismo acontece respecto de la constitución de la Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea), conforme a lo previsto en los artículos 17 a 31 del Reglamento SAE.

Tanto en el “proceso” como en los “procedimientos” de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, la importancia del papel representado por los socios se evidencia en cuanto se repara en que la fusión habrá de ser acordada, en principio necesariamente y salvo supuestos específicos, por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ella, ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión, con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades anónimas que se fusionan. Esta segunda circunstancia da idea del papel también relevante que desempeñan los administradores sociales en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Semejante circunstancia se recoge, con característica imperatividad, en el artículo 40.1, en relación con el artículo 55, de la LME y es específicamente recogido por el art. 9.1 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas que indica que “(...) *la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen se pronunciará sobre el proyecto común de fusión*”. El carácter necesario del acuerdo de fusión no supone negar la existencia de un proceso y procedimiento de fusión que desemboca en los pertinentes acuerdos de fusión. Siendo en su consecuencia razonable aludir al término “operación de fusión”.

“La fusión constituye una alteración “de la sociedad que (va) más allá de las simples modificaciones estatutarias” (Preámbulo, I, apartado tres, de la LME). La fusión, no puede reconducirse a una modificación estatutaria, por más aquellas pueda producirse respecto de la sociedad absorbente, o suponer la elaboración de los nuevos estatutos sociales correspondientes a la sociedad resultante de fusión si ésta se realizara mediante la creación de una nueva sociedad, supuesto en el que la creación estatutaria es inexcusable, pues la escritura de fusión deberá contener, además, las menciones legalmente exigidas para la constitución de la nueva sociedad (artículo 45.2, segundo párrafo, LME).

La importancia del proceso y del procedimiento de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, es tal que contribuye decisivamente a la configuración de la fusión como instituto jurídico específico distinto tanto de la modificación de estatutos como de la fundación o constitución de una sociedad anónima (constitución de la nueva sociedad, en

su caso). Porque la modificación de estatutos o constitución de nueva sociedad son consecuencias de los actos que se van desarrollando a lo largo del procedimiento de fusión y que tienen una indudable coherencia interna. Lo que no obsta a la oportunidad y necesidad de acudir a la regulación de las modificaciones estatutarias o funcionales, con las que el ordenamiento de la fusión guarda y evidencia una necesaria conexión normativa.⁹⁷⁰

Aun cuando se da “continuidad” a la participación de los socios de las sociedades extinguidas en la absorbente o en la de nueva creación, lo cierto es que esa continuidad es personal de cada socio y consecuente con el mecanismo sucesorio recogido en la ley. Sin embargo, no conlleva una hipotética “continuidad” de las sociedades anónimas que se fusionan en la nueva sociedad anónima que se constituye o en la absorbente, puesto que aquéllas se extinguen⁹⁷¹, si bien esta extinción ocurre al momento (como consecuencia) de la inscripción registral de la escritura de fusión⁹⁷². A este respecto, no debe olvidarse que la Directiva de Fusiones Transfronterizas, establece que legislación del Estado miembro a la que esté sujeta la sociedad resultante de la fusión transfronteriza determinará la fecha de efectividad de la fusión transfronteriza, que debe ser posterior a la realización del control de legalidad (artículo 12), establecido, con lo que la inscripción registral no tiene necesariamente eficacia constitutiva de la fusión en todos los ordenamientos jurídicos de los Estado miembros de la Unión Europea.

8.4.2.2.3. El control de legalidad y la inscripción registral de la escritura de fusión, archivo o depósito de la certificación del acuerdo o contrato de fusión.

El control de legalidad constituye una intervención del Estado, con consecuencias incluso tributarias⁹⁷³, en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, consecuente con la internacionalidad de la fusión.

El artículo 11 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, establece que “*cada Estado miembro designará al tribunal, notario o cualquier otra autoridad competente para controlar la legalidad de la fusión transfronteriza para la parte del procedimiento relativa a la realización de la fusión transfronteriza y, cuando proceda, a la constitución de una nueva sociedad resultante de la fusión transfronteriza cuando esta sociedad resultante de la fusión transfronteriza esté sujeta a su legislación nacional. Esta autoridad controlará en especial que las sociedades que se fusionen hayan aprobado el proyecto común de fusión transfronteriza en los mismos términos y, en su caso, que las disposiciones relativas a la participación de los trabajadores*”. En este sentido, cuando la sociedad resultante sea española corresponderá al Registrador Mercantil controlar la legalidad del procedimiento de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, antes de proceder a la inscripción registral, además del control de todo lo relativo a la constitución de la nueva sociedad o de las modificaciones de la sociedad absorbente, la aprobación del proyecto común de fusión y la participación de los trabajadores⁹⁷⁴. La necesidad que recoge el Derecho de la Unión Europea (y consiguientemente el Derecho español⁹⁷⁵) de que las sociedades anónimas estén

inscritas registralmente⁹⁷⁶ así como la necesidad de la inscripción registral de la fusión⁹⁷⁷ genera una singular problemática⁹⁷⁸.

Se afirma que, “*en nuestro Derecho, la inscripción de la fusión, doméstica o internacional, en el Registro Mercantil competente no sólo es obligatoria sino que tiene además, un carácter constitutivo*”⁹⁷⁹. La inscripción registral es, material y cronológicamente, el último paso del proceso de fusión y con ella se despliegan los efectos específicos o “*ipso iure*” de la misma⁹⁸⁰. No obstante su importancia,⁹⁸¹ debe relativizarse su transcendencia puesto que, en realidad, semejantes intervenciones públicas, en puridad, constituyen un elemento, extraño y ajeno al proceso y procedimiento de fusión desde el paradigma contractualista vigente. No suponen una “nacionalización” de las sociedades anónimas intervinientes en la fusión, sino que, en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, es una consecuencia más de la asimetría Estados nacionales-sistema económico global. En esa consideración, ni el control de legalidad ni los sistemas de registro debe considerarse elementos esenciales de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, sino costes de transacción, por más que añadan seguridad jurídica.

El hecho de “*que la inscripción de la fusión sea excepcionalmente constitutiva (...), no quiere decir que la publicidad registral funcione en este supuesto como un requisito material de validez o eficacia del contrato plurilateral de organización que es la fusión (...). La inscripción no es nunca, ni siquiera en estos casos de inscripción constitutiva, un elemento o requisito negocial (...), y, por tanto, la inscripción en el Registro Mercantil no determina la existencia del mismo negocio jurídico*”⁹⁸², lo cual, sin embargo, no significa que aquella falta de inscripción registral deje de tener consecuencias transcendentales, en cuanto a los efectos “*ipso iure*” o característicos de la fusión, tales como la sucesión universal, la extinción de las sociedades fusionadas o absorbidas, y la incorporación de socios de aquellas sociedades a la nueva sociedad o a la absorbente, los cuales, a falta de la misma, no se producirán⁹⁸³.

Esto significa que las fusiones que no se inscriben no por ello dejan de existir, sin perjuicio de que el sistema de derechos y responsabilidades siga mientras no exista inscripción sin variación alguna, de tal modo que cada una de las sociedades sigue asumiendo la plena responsabilidad por sus deudas y deberes u obligaciones y sus sistemas orgánicos deban continuar funcionando sin ninguna característica de provisionalidad. A su vez, si se mantiene la falta de inscripción registral de la fusión en el tiempo se pueden generar singulares efectos y responsabilidades para los órganos administrativos correspondientes⁹⁸⁴. Porque “*si la decisión de fusionarse ha sido adoptada oportuna y tempestivamente (...), habrá que entender que la misma obliga a todas las sociedades participantes, a sus socios y a sus respectivos administradores a su ejecución en las condiciones previstas y, negativamente, a evitar cualquier conducta, acuerdo o decisión que pueda perjudicar su plena eficacia (...). En definitiva: si los acuerdos son válidamente adoptados por todas las sociedades participantes, su contenido obliga “internamente”; todas las sociedades, sus socios y administradores, quedan obligados a llevar a buen término la operación y a obtener el resultado querido de inscribir la fusión. De hecho las partes pueden compelerse recíprocamente a ello*”⁹⁸⁵.

El aspecto registral y de control de legalidad es también abordado en la Sección 11.06 (b) de la MBCA, bien que con un alcance diferente⁹⁸⁶, al establecer que los *“articles of merger (...) “serán entregados al secretario de estado para su registro por el superviviente de la fusión (...) y tendrá efecto en la fecha de efectos recogida en la sección 1.23” El documento de fusión (...) depositado conforme a lo previsto en esta sección puede ser combinado con cualquier depósito exigido por la ley aplicable a cualquier entidad nacional elegible involucrada en una fusión si el depósito combinado da cumplimiento a los requisitos tanto de esta sección como de la ley aplicable citada”*.

En relación con el depósito en sí de los *“articles of merger”*, precisa la Sección 1.25.(a), que *“si un documento entregado a la oficina del secretario de estado para su registro cumple con los requisitos de la sección 1.20, el secretario de estado la registrará”*, indicando, en la letra (c), que *“si el secretario de estado rechaza registrar un documento, lo devolverá a la corporación nacional o extranjera o su representante dentro de los 5 días siguientes a aquél en el que fue entregado, junto con una breve explicación de la razón para su rechazo”*. Bien que la propia norma determina, en su letra (d), la limitada eficacia del registro, o del rechazo de los *“articles of merger”*, indicando que *“la obligación del secretario de estado de registrar documentos conforme a esta sección es ministerial. Su depósito o el rechazo a dicho depósito no: (1) afecta a la validez o invalidez del documento en todo o en parte; (2) se refiere a la corrección o incorrección de la información contenida en el documento; (3) crea una presunción de que el documento es válido o inválido o de que la información contenida en el documento es correcta o incorrecta”*.

Los aspectos registrales y de control de legalidad son también recogidos en la Delaware GCL que en sus Sección 252 (c) indica *“(c) el acuerdo será adoptado, aprobado, certificado, ejecutado y reconocido por cada de las entidades intervinientes de acuerdo a las normas conforme a las que se constituyó (...). En lugar de depositar el acuerdo de fusión o consolidación, la corporación superviviente o resultante de podrá depositar un certificado de fusión o consolidación, ejecutado de conformidad con el § 103 de este título”*. Dicha Sección § 252 señala respecto al contenido del certificado citado que incluirá *“(1) el nombre y estado o jurisdicción de constitución de cada una de las corporaciones intervinientes; (2) que un acuerdo de fusión o consolidación ha sido aprobado, adoptado, certificado, suscrito y reconocido por cada una de las corporaciones intervinientes, conforme a esta subsección; (3) el nombre de la corporación superviviente o resultante; (4) en el caso de fusión, aquellas modificaciones o cambios en el certificado de constitución de la corporación superviviente tal y como se desea que se vean afectados por la fusión, o si dichas modificaciones o cambios no son deseados, una declaración de que el certificado de la corporación superviviente será su certificado de constitución; (5) en el caso de una consolidación, que el certificado de constitución de la corporación resultante será tal y como se recoge en un adjunto al certificado; (6) que el acuerdo de consolidación o fusión está depositado en una oficina de la corporación superviviente y en la dirección de la misma; (7) que una copia del acuerdo de consolidación o fusión será facilitado por la entidad superviviente, a solicitud y sin coste alguno, a cualquier accionista de cualquier corporación interviniente; (8) si la corporación superviviente o resultante de la fusión o consolidación va a ser una corporación de este Estado, el capital autorizado de cada corporación interviniente que no sea una corporación de este Estado; y (9) el acuerdo, en su caso, requerido por la subsección (d) de esta Sección”*⁹⁸⁷. A su vez, la Sección 103 a la que se remite la regulación contenida en la Sección 252, se describe minuciosamente al procedimiento a seguir para el depósito del citado documento en cuanto a su forma, plazos, etc.⁹⁸⁸.

Aquel conjunto de contenidos presupone que se ha seguido un determinado procedimiento, tal y como se aprecia en el apartado (a) de la indicada Sección 252, que indica que *“las corporaciones pueden fusionarse en un única corporación que puede ser cualquier de ellas, o pueden consolidarse en una nueva corporación formada por la consolidación, que puede ser una corporación del estado de incorporación de cualquiera de las corporaciones intervinientes, conforme a un acuerdo de fusión o consolidación, según corresponda, cumpliendo y aprobado de conformidad con esta Sección. Adicionalmente, 1 o más corporaciones existentes conforme a las normas de este Estado pueden fusionarse o consolidarse con 1 o más organizadas bajo las normas de cualquier jurisdicción diferente de 1 de los Estados Unidos si las normas bajo las que la otra corporación o corporaciones están organizadas permiten a una corporación de tal jurisdicción fusionarse o consolidarse con una corporación de otra jurisdicción”*⁹⁸⁹.

El Reglamento 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea), establece (artículo 26), que para la parte del procedimiento correspondiente a la realización de la fusión y la constitución de la SE, el control de la legalidad de la fusión deberá ser efectuado por un tribunal, un notario u otra autoridad del Estado miembro del futuro domicilio de la SE competente en materia de control de este aspecto de la legalidad de la fusión de sociedades anónimas. A tal fin, cada sociedad que se fusione remitirá a dicha autoridad un certificado expedido por un tribunal, un notario u otra autoridad competente que acredite de manera concluyente el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión, en el plazo de seis meses a partir de su expedición, y una copia del proyecto de fusión aprobado por la sociedad. Aquella autoridad nacional encargada del control de legalidad vigilará, en particular, que las sociedades que se fusionen hayan aprobado un proyecto de fusión en los mismos términos, y que se hayan establecido las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores con arreglo a la Directiva 2001/86/CE, así como que la constitución de la SE se ajuste a las condiciones establecidas en la legislación del Estado miembro del domicilio social.

La Directiva de Fusiones Transfronterizas, incluye aquel control de legalidad en el procedimiento de fusión, al establecer que los efectos de la misma han de ser posteriores a su realización, lo cual es razonable pues en otro caso perdería su utilidad e incluso razón de ser, por ello puede considerarse integrado en el procedimiento de fusión.

El procedimiento de fusión es un procedimiento de “integración patrimonial y personal” con extinción de todas las sociedades anónimas participantes cuando se lleva a cabo mediante la creación de una nueva sociedad o de todas menos una, que es la absorbente, cuando se lleva a cabo mediante absorción. Acorde con esa naturaleza, la propia norma exige la regularidad y plena personalidad de las sociedades que se fusionan, en cuanto que aquellas “deben cumplir con la disposiciones y trámites de la legislación nacional a que estén sujetas” (artículo 4.2 de la Directiva 2005/56 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital), lo que presuponer por regla general⁹⁹⁰, la previa, en cuanto que anterior a su extinción, inscripción registral o depósito de acuerdo de fusión⁹⁹¹, por ello parece razonable la limitación de la “fusión” a “sociedades mercantiles inscritas” (artículo 22 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades

mercantiles), y consecuente la opinión que predica la ajeneidad de las figuras de la sociedad formación e irregulares respecto del proceso de fusión⁹⁹², por más que en supuestos singulares incluso se admita la fusión de entidades carentes de personalidad jurídica, bien que íntimamente vinculadas a sociedades anónimas⁹⁹³. “Han de estar inscritas en el Registro Mercantil correspondiente. Las que no lo estén requieren de previa inscripción registral (o depósito de acuerdo de fusión). No cabe hablar, por tanto, de una posible fusión irregular”⁹⁹⁴. En principio así como una sociedad anónima en formación puede ser fundadora de otra sociedad⁹⁹⁵, quizás pudiera parecer que también podría participar en un procedimiento de fusión, no obstante una cuestión de seguridad jurídica parecen impedir semejante posibilidad. Por otra parte en la medida en que se aplicable la LME, ésta contiene la explícita exigencia, en su artículo 22, de que las sociedades participantes en la fusión estén inscritas en el Registro Mercantil⁹⁹⁶. Por su parte la Directiva de Fusiones Transfronterizas requiere asimismo de la inscripción registral⁹⁹⁷ o al menos que gocen de personalidad jurídica (artículo 2.1). La concurrencia de pluralidad de legislaciones aboga por soluciones pragmáticas, como la de hacer constar la norma nacional reguladora correspondiente⁹⁹⁸. Por la misma razón una especial problemática se manifiesta en el supuesto de la irregularidad de la sociedad anónima, por las dificultades dogmáticas que esconde⁹⁹⁹, siendo cuestionable la posible regularización de la sociedad anónima falta de inscripción registral mediante el depósito registral del proyecto de fusión y posterior inscripción registral de la misma¹⁰⁰⁰. En cualquier caso ha de repararse que en tales supuestos no se podrían cumplimentar los requisitos exigibles al procedimiento de fusión y no podría concluirse la fusión, y probablemente ni tan siquiera comenzarse¹⁰⁰¹. Supuesto singularmente relevante en el orden registral es el de la Sociedad Anónima Europea (SE), en el que la inscripción registral tiene eficacia constitutiva (artículo 16 del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)).

Como hemos mencionado, en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas la inscripción registral (o depósito de acuerdo de fusión) se demanda con tal intensidad que *“el hecho de denegar de manera general, en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil de una fusión entre una sociedad establecida en dicho Estado y una sociedad cuyo domicilio social esté situado en otro Estado miembro produce el resultado de impedir la realización de fusiones transfronterizas”*¹⁰⁰². Por ello, se puede afirmar que *“lo cierto es, en realidad, que durante todo el período que precede a la fusión y hasta la inscripción registral (o depósito del acuerdo de fusión) de la misma, ambas sociedades existen y actúan como personas jurídicas plenamente capaces de negociar y acordar la fusión. La extinción de uno de los dos sujetos de derecho sólo tiene lugar al perfeccionarse la fusión y, en particular, al procederse a la inscripción registral de la misma, pero no antes, y buena prueba de ello es el hecho de que, en el caso de que la operación no llegue a perfeccionarse, la sociedad que habría debido ser absorbida continuará existiendo como persona jurídica autónoma”*¹⁰⁰³. Hay que establecer una fecha de efectos de la fusión transfronteriza, y ésta, aun cuando se remite a la legislación del Estado a que éste sujeta la sociedad resultante de la fusión (*“La legislación del Estado miembro a la que esté sujeta la sociedad resultante de la fusión transfronteriza determinará la fecha de efectividad de la fusión transfronteriza. Esta fecha deberá ser posterior a la realización del control contemplado en el artículo 11”*,

artículo 12 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas), que no puede ser anterior al momento de la realización del control de legalidad.

Además la legislación de cada uno de los Estados miembros a la que estaban sujetas las sociedades objeto de la fusión determinará, por lo que se refiere al territorio de ese Estado, las formas de publicidad de la realización de la fusión transfronteriza, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en el registro público en el que cada una de estas sociedades esté obligada a presentar los documentos.

Las concomitancias entre la fusión transfronteriza de sociedades anónimas y otras modificaciones estructurales¹⁰⁰⁴, especialmente con la transferencia internacional de la sede social, no obstante su diferenciación¹⁰⁰⁵, cuando la transferencia internacional de domicilio social reúne las características que permiten incluirla entre las modificaciones estructurales¹⁰⁰⁶, hace pertinente traer a colación los aspectos registrales comunes derivados de las consecuencias para accionistas, acreedores sociales y terceros relacionados con la sociedad¹⁰⁰⁷.

En el supuesto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, se activa lo que se denomina en nuestro ordenamiento jurídico, un “mecanismo de protección fuerte”¹⁰⁰⁸ de naturaleza registral que acumula el control registral de legalidad, la publicación registral del acuerdo y la subordinación de la fusión al transcurso de un plazo desde la publicación registral del acuerdo de fusión, por contraposición a los mecanismos, también de naturaleza registral, de “protección débil”¹⁰⁰⁹.

El registro en el que se inscriba la sociedad resultante de la fusión transfronteriza notificará sin demora, a través del sistema de interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades establecido con arreglo al artículo 4 bis, apartado 2, de la Directiva 2009/101/CE, al registro en el que cada una de las sociedades estuviera obligada a presentar los documentos, que se ha realizado la fusión transfronteriza. La baja en el registro anterior, si procede, se producirá al recibo de dicha notificación, y en ningún caso con anterioridad a la misma” (artículo 13 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas). En el caso de la Sociedad Anónima Europea (SE) constituida mediante fusión, igualmente, “*deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social en el registro que señale la legislación de ese Estado miembro*” (artículo 12.1 del Reglamento (CE) núm. 2157/2001).

Cuando la sociedad resultante de la fusión esté sujeta a la legislación española, el Registrador mercantil, antes de proceder a la inscripción, controlará también la legalidad del procedimiento en lo relativo a la realización de la fusión y a la constitución de la nueva sociedad o a las modificaciones de la sociedad absorbente, así como la aprobación en los mismos términos del proyecto común por las sociedades que se fusionen y, en su caso, la adecuación de las disposiciones sobre participación de los trabajadores. De ahí que se

afirme que “*la función de control del Registro Mercantil es, de esta forma, esencial para la buena marcha del proceso de fusión*”¹⁰¹⁰.

A estos efectos, cada una de las sociedades participantes remitirá al Registrador mercantil el certificado a que se refiere el artículo 64 de la LME¹⁰¹¹ en el plazo de seis meses a partir de su expedición, así como el proyecto común de fusión aprobado por la junta de socios, y si, además de la sociedad resultante de la fusión, también fuera española alguna de las sociedades que se extinguen, la legalidad del procedimiento de fusión en relación con la misma se realizará por el Registrador mercantil del domicilio de la sociedad resultante de la fusión, siendo suficiente que en el título presentado al Registro conste, debidamente acreditada por el Registrador del domicilio de la sociedad que se extingue, la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión pretendida (artículo 65.1y 3 de la LME).

La inscripción registral determina, consecuentemente en el sistema español, la fecha de efectos de la fusión (“*La eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente. Una vez inscrita la fusión se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas*”, artículo 46 de la LME; a su vez, según el artículo 27 del reglamento 2157/2001, “*la fusión y la constitución simultánea de la SE surtirán efecto el día en que quede registrada la SE*”¹⁰¹², y sólo podrá llevarse a cabo la inscripción de la SE una vez efectuados el control de legalidad pertinente). De tal manera que la colaboración interregistral conlleva una cuestión de seguridad jurídica que exige, por un lado, que no cancele la hoja correspondiente a las sociedades que se extinguen hasta que no se haya inscrito la fusión en el Registro del domicilio de la nueva sociedad que se cree o de la sociedad absorbente y, por otro lado, esta misma seguridad jurídica quiere que la inscripción en este último registro no sea posible hasta que se verifique que se ha producido o que se producirá la cancelación de las hojas de las sociedades que desaparecen con la fusión¹⁰¹³.

Cabe precisar que aquellas previsiones son coherentes con la obligación establecida de abrir un expediente (en un registro central o bien en un registro mercantil o registro de sociedades, en cada Estado miembro) por cada una de las sociedades inscritas, debiendo asignarse a las sociedades un código identificativo único que permita identificarlas inequívocamente en las comunicaciones entre registros a través del sistema de interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades. Dicho código identificativo único incluirá, al menos, los elementos que permitan la identificación del Estado miembro del registro, el registro nacional de origen, el número de la sociedad en ese registro y, en su caso, características para evitar errores de identificación, (artículo 3.1 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros). Previniéndose la creación de una “plataforma central europea” que “garantizarán la interoperabilidad” de los registros dentro del sistema de interconexión de registros (artículo 4 bis).

Esto es, como hemos visto en el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas la colaboración interregistral “es imprescindible”¹⁰¹⁴, por ello el procedimiento de fusión transfronteriza de sociedades anónimas se facilita desde el punto de vista registral, en cuanto que el elemento constitutivo del mismo, coordinándose la actividad de los Registros de “origen” y de “destino” con fundamento en el principio de “equivalencia institucional”¹⁰¹⁵, por lo que la comunicación entre los registros, a pesar de sus limitaciones prácticas, es “fundamental para que pueda conseguirse una verificación de la regulación de la operación”¹⁰¹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior no debe obviarse que en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, el control de legalidad aludido, efectuado por el registrador Mercantil en nuestro sistema, no está exento de importantes dificultades, *“así el Registrador español deberá verificar la inclusión en el contrato de fusión de las indicaciones exigidas en el resto de Derechos implicados en la fusión y si se ha cumplido lo exigido por tales Derechos en lo que se refiere a la protección de los acreedores y accionistas. En principio es posible que la calificación del Registrador español se extienda a estos puntos. Dicho registrador se encuentra vinculado por los arts. 9.11 Cc y 27.2 LME, que establecen que en las fusiones internacionales habrá de respetarse el Derecho nacional de las sociedades intervinientes. De acuerdo con este precepto, por tanto, el cumplimiento del Derecho material de las distintas sociedades intervinientes en la fusión puede ser objeto de verificación por el Registrador”*¹⁰¹⁷ español, pero también de los distintos responsables registrales según los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales por lo que las posibilidades de divergencias calificatorias es posible¹⁰¹⁸ máxime atendiendo a la confluencia de distintas culturas jurídicas. El hecho de que la Directiva de Fusiones Transfronterizas “corte” la función calificadora, limitándola según la nacionalidad de cada sociedad interviniente en la fusión, no resuelve el tema dada la existencia de “zonas confluencia” o “zonas grises” en las que concurren los diversos ordenamientos así como la pérdida en todo caso, de una consideración calificatoria de la operación completa de fusión.

8.4.2.3. Continuidad económica. Aplicación del principio de empresa en funcionamiento y “sucesión” laboral.

La fusión conlleva continuidad económica, que precisamente se consigue utilizando los mecanismos de la sucesión universal y “sucesión de empresa”, eludiendo los efectos perjudiciales, cuando no impeditivos la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, de la liquidación¹⁰¹⁹.

Mediante la fusión se logra que una sociedad transfiera o transmita en bloque todo su patrimonio a otra u otras por sucesión universal¹⁰²⁰ así como la continuidad de las relaciones laborales. Es la consecuencia natural y característica del fenómeno de la fusión. Sin sucesión no hay fusión. Se produce una sucesión universal¹⁰²¹ y una “sucesión empresarial”. Efectuándose una diferenciación, que tiene algo de arbitraria, entre la sociedad anónima y la empresa de la que es titular, es posible *“enmarcar en sus respectivos ámbitos sistemáticos las relaciones surgidas con la organización de la actividad en el mercado que la empresa*

*supone, tanto las establecidas entre el capital y el trabajo, ya mencionadas, como aquellas que habían preocupado en mayor medida los objetores del derecho mercantil como derecho de la empresa*¹⁰²².

Puede haber cooperación o reagrupamiento sin fusión, dado que bajo el título “concentración de empresas” se cobijan otros fenómenos jurídicos diferentes a la fusión¹⁰²³. Pero a semejantes fenómenos no es inherente la continuidad económica en una nueva empresa, por eso en ellos no hay “transmisión/sucesión de empresa”¹⁰²⁴. Esa consecuencia sí la comparte la fusión transfronteriza de sociedades anónimas con la “adquisición de empresas”, si bien en esos supuestos no ocurre la sucesión universal, y no se existe continuidad económica y empresarial en sentido estricto, aunque sí en sentido amplio con “sucesión laboral”, siendo menos intensa la “concentración” (menor el control) pero también menos gravosa (inferioridad de riesgos y costes)¹⁰²⁵.

8.4.2.3.1. La continuidad económica.

Sin duda se da continuidad económica en la actividad de las sociedades anónimas fusionadas en las fusiones transfronterizas.

Las sociedades se integran y las empresas (en su doble característica de actividad y organización) continúan. La transferencia de la “totalidad del patrimonio, activa y pasivamente”, supone la continuidad económica, continuidad de la actividad de empresa¹⁰²⁶. Esta circunstancia está clara tanto en la MBCA como en la Delaware GCL, y que si queda clara en la Directiva 2011/35, relativa a las fusiones de sociedades anónimas, más clara aparece en la Directiva Fusiones Transfronterizas de las sociedades de capital.

Así, la citada Directiva Fusiones Transfronterizas afirma a este respecto que:

- (i) *“La totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida se transferirá a la sociedad absorbente o la totalidad del patrimonio activo y pasivo de las sociedades que se fusionen se transferirá a la nueva sociedad, los socios de la sociedad absorbida se convertirán en socios de la sociedad absorbente o los socios de las sociedades que se fusionen se convertirán en socios de la nueva sociedad, y la sociedad absorbida dejará de existir, o las sociedades que se fusionan dejarán de existir”* (art. 14.1.(a)).
- (ii) *“Los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza se transferirán, en razón de este hecho, a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto”* (artículo 14.4), así como la continuidad en la representación de los trabajadores, efectuándose una remisión a la legislación en la materia del Estado miembro en que se encuentre el domicilio social” de la sociedad absorbente o de la sociedad (anónima) de nueva creación (artículo 16.1).

La polivalencia funcional de la sociedad anónima e indiferencia de su objeto social esta generalmente admitida¹⁰²⁷, por lo que se plantea en relación con las sociedades anónimas con objeto civil la cuestión de su “economicidad”, su carácter empresarial, y, consecuentemente, la posible inexistencia de “continuidad económica” como consecuencia de su fusión transfronteriza. No obstante, habida cuenta de que semejante circunstancia, que se da en nuestro ordenamiento, no se compadece bien con los tiempos actuales, y parece tener fecha de caducidad, debe partirse del carácter empresarial de las sociedades por acciones o anónimas, y por ello asumirse la existencia de “continuidad económica” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, consecuentemente con lo prevenido en la PCM¹⁰²⁸, según la cual el proyectado Código Mercantil explicita en su Exposición de Motivos que *“considera al Derecho Mercantil desde una perspectiva completamente nueva”*.

La continuidad económica va ligada a conceptos como empresa y su mercantilidad y fondo de comercio, cuya relevancia merece un tratamiento diferenciado.

8.4.2.3.1.1. “Empresa” y “fondo de comercio”.

La PCM llega a considerar la empresa íntimamente vinculada al fondo de comercio, sobrepasando el ámbito de la normativa estrictamente contable donde aparece tratado solamente en sede de combinación de negocios.

En la Propuesta de Código Mercantil (PCM) la “empresa” ocupa un lugar prominente, conjuntamente con la idea del “fondo de comercio”, que se vincula íntimamente a la “combinación de negocios” y, consecuentemente a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

La PCM, en referencia al concepto de fondo de comercio y su vinculación al de empresa, se señala expresamente que *“la empresa, concepto calificador de su titular (el empresario) y de la actividad económica que a través de ella desarrolla, se describe como organización de elementos diversos, de la que resulta un nuevo valor, el fondo de comercio. Los bienes inmuebles e instalaciones en los que el empresario realiza su actividad se definen como establecimientos, y se distingue el principal, centro de las operaciones desarrolladas, de las sucursales, caracterizadas por estar dotadas de una representación permanente y de autonomía de gestión, y de los demás establecimientos secundarios o accesorios”*¹⁰²⁹. Definiéndose a la empresa en los siguientes términos: *“La empresa es el conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado”, entendiéndose que “integran la empresa los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial, las relaciones jurídicas y de hecho establecidas por el empresario para el desarrollo de dicha actividad y el fondo de comercio resultante de la organización de los elementos anteriores”*¹⁰³⁰, *bienes y derechos “afectos a la actividad empresarial (que) deberán figurar en el inventario inicial y en los sucesivos”*¹⁰³¹. En todo caso, la empresa, cuando menos, podría considerarse como desarrollo de una actividad organizada racionalmente y ejercida con carácter profesional para concurrir en el tráfico jurídico privado¹⁰³².

La PCM afirma que “acorde con las modernas tendencias doctrinales, con los postulados de la constitución económica en que ha de insertarse el cuerpo legal y con la realidad del tráfico, la delimitación de la materia mercantil se hace a partir de un concepto básico: el mercado como ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación especial el Derecho mercantil que vuelve a ser el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen, al que retornan las más modernas formulaciones positivas. Para calificar a esos ámbitos, subjetivo y objetivo, el concepto utilizado de referencia es la empresa, como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios, a partir de la cual se identifica a su titular (el empresario) y a la actividad que desarrolla en el mercado. Sin embargo, la titularidad de una empresa, criterio unitario para la calificación del empresario persona natural, no lo es para el empresario persona jurídica, en el que, junto al criterio de la naturaleza del objeto social se recoge el formal de la adopción de algún tipo de sociedad mercantil (...). Al empresario, como figura central, le es aplicable plenamente el estatuto mercantil, esto es, el conjunto de normas que establecen especiales derechos y obligaciones para las personas así calificadas, en función de la titularidad jurídica de una empresa y de la actividad que a través de ésta realiza para el mercado. En el estatuto se integran las normas sobre régimen jurídico-privado de la empresa, responsabilidad y representación de su titular, registro mercantil y contabilidad, así como, en su conjunto, el Derecho de sociedades mercantiles”¹⁰³³.

La vinculación de los conceptos “empresa”-“fondo de comercio”-“combinación de negocios” y, finalmente, fusión transfronteriza de sociedades anónimas, resulta evidente. A este respecto es relevante destacar que: (i) un negocio es un conjunto integrado de actividades y activos susceptibles de ser dirigidos y gestionados con el propósito de proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos directamente a sus propietarios o partícipes y control es el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades, y una combinación de negocios, en función de la forma jurídica empleada, puede originarse como consecuencia de una fusión de varias empresas¹⁰³⁴; (ii) el exceso, en la fecha de adquisición, del coste de la combinación de negocios sobre el valor de los activos identificables adquiridos menos el de los pasivos asumidos en los términos recogidos en el apartado anterior, se reconocerá como un fondo de comercio¹⁰³⁵. Según la normativa financiera internacional¹⁰³⁶, la adquirente reconocerá el fondo de comercio en la fecha de la adquisición y lo valorará como el exceso del apartado (A) sobre el (B) siguientes: (A) la suma de: (a) la contraprestación transferida, valorada, generalmente, al valor razonable en la fecha de adquisición; (b) el importe de cualquier participación no dominante en la adquirida debidamente valorada; y (c) en una combinación de negocios llevada a cabo por etapas, lo que no es descartable en una fusión transfronteriza de sociedades anónimas (“*algunas veces, una adquirente obtiene el control de una adquirida en la que mantiene una participación en el patrimonio neto inmediatamente antes de la fecha de adquisición*”¹⁰³⁷), el valor razonable en la fecha de adquisición de la participación en el patrimonio neto de la adquirida anteriormente mantenido por la adquirente. (B) el importe neto en la fecha de adquisición de los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos adecuadamente valorados.

8.4.2.3.1.2. La “mercantilidad” de la “sociedad-empresa”.

Como ya hemos comentado, si bien es posible en determinadas legislaciones la fusión de entidades no mercantiles, la presente tesis se circunscribe al ámbito de las sociedades mercantiles y, en especial, de las sociedades anónimas, como paradigma de éstas. Adicionalmente, tanto la Directiva de Fusiones Transfronterizas como nuestra normativa interna, especialmente la LME, tienen un ámbito de aplicación circunscrito a las sociedades mercantiles.

Para la determinación de la mercantilidad de las sociedades “se acoge el doble criterio del objeto y la forma”¹⁰³⁸, pues “son sociedades mercantiles las que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado y las que, cualquiera que sea su objeto, adopten alguno de los siguientes tipos (...) d) la sociedad anónima”¹⁰³⁹.

Respecto de la sociedad anónima, en particular, en relación a su mercantilidad, indica la PCM “ofrece un perfil más amplio a la especificidad, fruto de su devenir histórico, lo que requiere también un caudal más abundante de disposiciones propias que, en algunos casos, se verán potenciadas por la nueva exigencia de capital mínimo”¹⁰⁴⁰, regulándose también la sociedad anónima europea domiciliada en España. En el mismo texto legal proyectado se regula la fusión de las sociedades mercantiles como una modificación estructural, haciéndose expresa referencia a “la introducción en nuestro Derecho de la Directiva de Fusiones Transfronterizas de 2005”¹⁰⁴¹.

Los “activos” son bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro. Los “pasivos” son las “obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, para cuya extinción la empresa espera desprenderse de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económicos en el futuro, incluidas las provisiones. A su vez, el Patrimonio Neto, es la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten.

Los “ingresos” son aquellos “incrementos en el patrimonio neto de la empresa durante el ejercicio, ya sea en forma de entradas o aumentos en el valor de los activos, o de disminución de los pasivos, siempre que no tengan su origen en aportaciones, monetarias o no, de los socios o propietarios”, y los “gastos”, son los “decrementos en el patrimonio neto de la empresa durante el ejercicio, ya sea en forma de salidas o disminuciones en el valor de los activos, o de reconocimiento o aumento del valor de los pasivos, siempre que no tengan su origen en distribuciones, monetarias o no, a los socios o propietarios, en su condición de tales”¹⁰⁴².

A su vez el “fondo de comercio” es un activo que “representa los beneficios económicos futuros que surgen de otros activos adquiridos en una combinación de negocios que no están identificados individualmente ni reconocidos de forma separada”¹⁰⁴³

8.4.2.3.1.3. El “negocio”, el “establecimiento” y la “plantilla de trabajadores” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

La normativa financiera española, acorde con la normativa general internacional, señala que un negocio *“es un conjunto integrado de actividades y activos susceptibles de ser dirigidos y gestionados con el propósito de proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos directamente a sus propietarios o partícipes y control es el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades”*¹⁰⁴⁴. De esta forma, el concepto de negocio queda así netamente diferenciado del de “establecimiento”, el cual se define como *“los bienes inmuebles y las instalaciones en los que el empresario desarrolla su actividad”*¹⁰⁴⁵.

A su vez, conforme a la normativa financiera internacional un “negocio”¹⁰⁴⁶ se define como *“un conjunto integrado de actividades y activos susceptibles ser dirigidos y gestionados con el propósito de proporcionar una rentabilidad en forma de dividendos, menores costes u otros beneficios económicos directamente a los inversores u otros propietarios, miembros o partícipe”*.

Una fusión transfronteriza de sociedades anónimas constituye una combinación de negocios independientes o, al menos, jurídicamente organizados de manera independiente, hasta el momento de su ejecución. Por combinación de negocios debe entenderse *“una transacción u otro suceso en el que la adquirente obtiene el control de uno o más negocios”*¹⁰⁴⁷. La no consideración como “negocio” de un conjunto de activos adquiridos por una entidad tiene importantes efectos contables. Así, implica la asignación de valores individuales a los activos adquiridos y el no surgimiento de un fondo de comercio así indica la NIIF 3 que *“la entidad adquirente identificará y reconocerá los activos identificables individualmente adquiridos (incluyendo aquellos activos que cumplan la definición y criterios de reconocimiento de los activos intangibles) y pasivos asumidos. El coste del grupo deberá distribuirse entre los activos identificables individualmente y los pasivos sobre la base de sus valores razonables relativos en la fecha de la compra. Esta transacción o suceso no dará lugar a un fondo de comercio”*¹⁰⁴⁸.

En la perspectiva de la normativa financiera internacional un negocio consiste en insumos y procesos aplicados a los mismos que tienen la capacidad de crear productos. Aunque los negocios generalmente tienen productos, éstos no se requieren para que un conjunto integrado cumpla las condiciones para ser considerado como un negocio. Los tres elementos de un negocio se definen de la forma siguiente:

- (i) Insumo: cualquier recurso económico que elabora, o tiene la capacidad de elaborar, productos si se le aplica uno o más procesos. Algunos ejemplos

incluyen activos no corrientes (incluyendo activos intangibles o derechos a utilizar activos no corrientes), propiedad intelectual, la capacidad de acceder a materiales o derechos necesarios y empleados.

- (ii) Proceso: cualquier sistema, norma, protocolo, convención o regla que si se aplica a un insumo o insumos, elabora o tiene la capacidad de elaborar productos. Algunos ejemplos incluyen procesos de gestión estratégicos, procesos operativos y procesos de gestión de recursos. Estos procesos habitualmente están documentados, pero una plantilla de trabajadores organizada que tenga la necesaria formación y experiencia en la aplicación de reglas y convenciones puede proporcionar los procesos necesarios susceptibles de aplicarse a los insumos para elaborar productos (Contabilidad, facturación, nóminas y otros sistemas administrativos habitualmente no son procesos utilizados para elaborar productos)
- (iii) Producto: el resultado de insumos y procesos aplicados a éstos que proporcionan o tienen la capacidad de proporcionar una rentabilidad en forma de dividendos, menores costes u otros beneficios económicos directamente a los inversores u otros propietarios, miembros o partícipes.

Un negocio no necesita incluir todos los insumos y procesos que el vendedor utiliza en la explotación de dicho negocio si los participantes en el mercado tienen la capacidad de adquirir el negocio y continuar elaborando productos, por ejemplo mediante la integración del negocio con sus propios insumos y procesos.

La naturaleza de los elementos de un negocio varía según el sector industrial y según la estructura operativa (actividades) de una entidad, incluyendo su fase o momento de desarrollo. Los negocios ya establecidos a menudo tienen numerosos tipos distintos de insumos, procesos y productos, mientras que los negocios nuevos a menudo tienen pocos insumos y procesos y en ocasiones solo un producto. Un conjunto integrado de actividades y activos en la fase de desarrollo pueden no tener productos. Si así fuera, la adquirente debería considerar otros elementos para determinar si el conjunto es un negocio. Esos factores incluyen pero no se limitan a si el conjunto: (a) ha comenzado a planificar actividades principales; (b) tiene empleados, propiedad intelectual y otros factores y procesos que pudieran aplicarse a dichos insumos; (c) busca un plan para elaborar productos; y (d) tendrá la capacidad de acceder a clientes que compren los productos. No todos estos factores necesitan estar presentes en un conjunto integrado concreto de actividades y activos en la etapa de desarrollo para cumplir las condiciones para ser considerado un negocio.

La determinación de si un conjunto concreto de activos y actividades es un negocio debe basarse en si el conjunto integrado es susceptible de ser dirigido y gestionado como un negocio por un participante en el mercado. Así, para evaluar si un conjunto concreto es un negocio, no es importante si el vendedor explota el conjunto como un negocio o si la

adquirente pretende explotar el conjunto como un negocio. En ausencia de evidencia en contrario, un conjunto concreto de activos y actividades en los que hay un fondo de comercio deberá suponerse que es un negocio. Sin embargo, un negocio no necesita tener fondo de comercio.

La idea de “empresa”, en la perspectiva financiera nacional e internacional, se enlaza con la de “negocio” y ambas con la de la presencia de empleados y la existencia de “fondo de comercio”. Según nuestra normativa financiera y contable, como ya se precisó, el “fondo de comercio” forma o determina la “empresa”.

Como hemos mencionado, la idea financiera nacional e internacional de negocio no se separa de la idea de que los trabajadores forman parte del “negocio”. Más aún, se entienden como un elemento más del mismo, del que forman parte. Así bajo el título *“la sustitución de acuerdos de remuneración a los trabajadores o a los anteriores propietarios de la adquirida”*, establece nuestra norma contable reglamentaria que *“si por causa de la combinación de negocios se sustituyen voluntaria u obligatoriamente los compromisos de pagos basados en instrumentos de patrimonio de la empresa adquirida con sus empleados, por los basados en los instrumentos de patrimonio de la adquirente, el importe de los acuerdos de sustitución que forman parte del coste de la combinación de negocios será equivalente a la parte del acuerdo mantenido por la adquirida que es atribuible a servicios anteriores a la fecha de adquisición”*¹⁰⁴⁹.

Se considera además que la “plantilla de trabajadores”, forma parte del “fondo de comercio”, cuando se indica que la absorbente o sociedad resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas “puede” -que debe sustituirse por “debe” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas- *“atribuir valor a la existencia de una plantilla bien organizada, que conforma un grupo de empleados existente que permite a la adquirente continuar la explotación de un negocio adquirido desde la fecha de adquisición”*¹⁰⁵⁰. Una plantilla bien organizada no representa el capital intelectual de los empleados experimentados -el (a menudo especializado) conocimiento y la experiencia que los empleados de una adquirida aportan a sus trabajos. Dado que la plantilla bien organizada no es un activo identificable a reconocer de forma separada del fondo de comercio cualquier valor que le sea atribuido se incluirá en el fondo de comercio”¹⁰⁵¹. Respecto de la parte de la empresa que constituyen los trabajadores que forman parte del fondo de comercio podemos afirmar que más que “sucesión universal” debemos hablar de *“sucesión de empresa”*¹⁰⁵².

8.4.2.3.1.4. La aplicación del principio de empresa en funcionamiento.

El “principio de empresa en funcionamiento” es una manifestación contable específica de la “continuidad económica” o de la continuación de la actividad de empresa de las sociedades que se fusionan. Esto supone la vigencia y operatividad en la llevanza de la contabilidad y formulación de las cuentas anuales por las sociedades anónimas intervinientes en la fusión¹⁰⁵³.

Según el principio de empresa en funcionamiento, se considerará, salvo prueba en contrario, que la gestión de la empresa continuará en un futuro previsible¹⁰⁵⁴. Quiebra el citado principio en los supuestos legales de liquidación, así como en otros supuestos en los que, sin acordarse la disolución de la sociedad o antes de hacerlo, los responsables de formular las cuentas anuales, aunque sea con posterioridad al cierre del ejercicio, determinen que tienen la intención de cesar la actividad de empresa de la que es titular. Esto plantea la cuestión de si, a priori, de entre las situaciones concretas en las que podría verse afectado el citado “principio de empresa en funcionamiento” se encuentran las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas¹⁰⁵⁵.

Sin embargo, ha de repararse en que en el supuesto de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas el cese en la actividad se produciría como consecuencia de la desaparición del titular o titulares jurídicos de las sociedades que son disueltas en tal proceso. Sin embargo, en el caso de la fusión, como hemos venido reiterando, la empresa, como tal, continuará, si bien desarrollada por otro titular jurídico (la sociedad absorbente o la sociedad de nueva creación, según corresponda). Por ello, no cabe hablar en sentido estricto de ruptura o quiebra del “principio de empresa en funcionamiento”, de tal manera que cualesquiera cuestiones que pudieran plantearse durante el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, debidas al objeto empresarial, tendrán normalmente una respuesta en el marco contable general¹⁰⁵⁶.

En consecuencia, ha de estimarse que en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, se aplica a las obligaciones contables de registro, valoración y formulación de cuentas anuales y estados financieros intermedios, tanto a las sociedades anónimas que se fusionan como la sociedad resultante (absorbente o de nueva creación) el principio contable, básico del Marco Conceptual de la Contabilidad (“MCC”), de “empresa en funcionamiento”. La aplicabilidad del citado principio se fundamenta y justifica por la continuidad y el mantenimiento de la actividad de las sociedades anónimas, agentes económicos, participantes en la fusión.¹⁰⁵⁷

8.4.2.3.1.4.1 El supuesto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas en liquidación y la aplicación del principio de “empresa en funcionamiento”.

La fusión de sociedades anónimas en liquidación es una posibilidad incuestionable, no obstante las referencias de la Directiva 2011/35 (artículos 3.1 y 4.1), relativa a las fusiones de las sociedades anónimas y de la Directiva de Fusiones Transfronterizas (artículo 2.2 a, b y c), a que las sociedades que se fusionan “transfieren”, a otra sociedad ya existente o de nueva creación *“como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo”* (artículo 3.1 de la Directiva 2011/24).

En este sentido, la Directiva 2011/35 relativa a las fusiones de las sociedades anónimas establece que *“la legislación de un Estado miembro podrá prever que la fusión por absorción*

pueda tener lugar igualmente cuando una o varias de las sociedades absorbidas estén en liquidación, con tal de que esta posibilidad solo se otorgue a las sociedades que aún no hayan comenzado el reparto de sus activos entre sus accionistas” (artículo 3.2 de la Directiva 2011/35) y que *“la legislación de un Estado miembro podrá prever que la fusión por constitución de una nueva sociedad pueda tener lugar igualmente cuando una o varias de las sociedades que desaparezcan estén en liquidación, con tal de que esta posibilidad solo se otorgue a las sociedades que aún no hayan comenzado el reparto de sus activos entre sus accionistas”* (artículo 4.2 de la Directiva 2011/35).

La Directiva de Fusiones Transfronterizas indica a este respecto que *“con el fin de facilitar las operaciones de fusión transfronteriza, resulta oportuno establecer que, si la presente Directiva no dispone lo contrario, cada sociedad que participe en la fusión transfronteriza, así como cada tercero interesado, sigan estando sometidos a las disposiciones y los trámites de la legislación nacional que serían aplicables en caso de una fusión nacional”*. En este sentido, las disposiciones y trámites de la legislación nacional no deben en ningún caso imponer restricciones a la libertad de establecimiento o de circulación de capitales, salvo que dichas restricciones se puedan justificar, en particular, por razones de interés general y sean necesarias y proporcionadas para el respeto de dichas exigencias imperativas¹⁰⁵⁸.

Las sociedades anónimas en liquidación no se encuentran entre las prohibiciones contenidas en los artículos 3.2 y 3 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, salvo que se encuentren en alguna de las situaciones indicadas en el artículo 3.4. Esta circunstancia, a su vez, posibilita una interpretación *a contrario sensu* favorable a la admisibilidad de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas en liquidación¹⁰⁵⁹, que, sin embargo, podría verse impedida en el supuesto de que la correspondiente legislación aplicable a cualquiera de las sociedades anónimas intervinientes en un proceso de fusión transfronteriza impidiese esta posibilidad.

8.4.2.3.1.4.1.1. Consideraciones generales.

La fusión de sociedades (y por tanto la fusión transfronteriza) en liquidación es admitida en el artículo 28 de la LME¹⁰⁶⁰.

A este respecto, por tanto, no presenta conflictos dicha admisibilidad cuando únicamente la sociedad absorbida está en liquidación, y no se hubiere *“comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios”*.

Sin embargo, sí surge un conflicto para la admisibilidad de la fusión transfronteriza cuando todas las sociedades participantes en el proceso de fusión están en liquidación, ya que se podría plantear un problema de compatibilidad de ésta con el *“principio de empresa en funcionamiento”*¹⁰⁶¹.

La liquidación es consecuencia de la disolución¹⁰⁶², con la hipótesis diferente y específica de la liquidación concursal¹⁰⁶³. Respecto de ésta últimas puede precisarse que las

sociedades declaradas en concurso pueden fusionarse previa autorización judicial¹⁰⁶⁴, en su caso durante la fase de convenio, o durante la fase común y al margen del convenio¹⁰⁶⁵. Sin embargo, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución de la concursada, y el plan de liquidación contemplará la “realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso”, aludiéndose sistemáticamente a “enajenación de la empresa”¹⁰⁶⁶, lo que en principio excluye la fusión¹⁰⁶⁷.

No obstante lo anterior, la fusión como medio de enajenación podría caber en una interpretación extensiva del concepto de enajenación en el marco de la liquidación (asumiendo, a su vez, una interpretación extensiva del concepto liquidación que mantiene la Directiva 2011/35¹⁰⁶⁸).

En todo caso habrá que coordinar las normas que regulen el concurso de acreedores o situación equivalente según el ordenamiento nacional aplicable y la fusión transfronteriza de sociedades anónimas¹⁰⁶⁹. La Posición (UE) n° 7/2015 del Consejo en primera lectura, con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de insolvencia (refundición), adoptada por el Consejo el 12 de marzo de 2015¹⁰⁷⁰, precisa en el Considerando 10 de la Propuesta de Reglamento que “*el ámbito de aplicación del presente Reglamento debe ampliarse a los procedimientos que promueven el rescate de empresas viables económicamente a pesar de estar en dificultades, y que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios. En particular, debe ampliarse a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad, o que permitan al deudor conservar el control total o parcial de sus bienes y negocios*”.

Puede y debe hablarse de sociedad en liquidación para referirse al “*estado especial en que se encuentra la sociedad en el período comprendido entre la disolución y la cancelación de los asientos registrales*”¹⁰⁷¹ o de eficacia de la fusión¹⁰⁷². No pueden confundirse liquidación de la sociedad y eliminación de la empresa. La naturaleza jurídica de la liquidación es especial¹⁰⁷³ pero, con carácter general, se dirige hacia la extinción de la sociedad en liquidación y la de la empresa de la que es titular. Por el contrario, en la fusión de empresas la extinción afecta a las sociedades pero no a las empresas en sí mismas consideradas, que continuaran desarrollándose por la sociedad absorbente o la resultante de la fusión¹⁰⁷⁴. Este último paradigma es especialmente compatible con el hecho de que en un sistema capitalista globalizado como es el nuestro, la extinción de la empresa no es ni puede ser el fin específico de la liquidación societaria¹⁰⁷⁵, ni siquiera concursal¹⁰⁷⁶.

Durante el período de sociedad en liquidación permanece la personalidad de la sociedad que alcanza tanto al período de liquidación en sentido estricto como al período de división del patrimonio entre los socios.

Los liquidadores estarán obligados a la llevanza de la contabilidad, con la formulación del inventario de la liquidación, el balance de apertura de la liquidación, las cuentas anuales y del balance final, siendo éste último una “cuenta de cierre” del período de liquidación estricto. El llamado “balance inicial” regulado en el artículo 383 de la Ley de

Sociedades de Capital, según el cual “*en el plazo de tres meses a contar desde la apertura de la liquidación, los liquidadores formularán un inventario y un balance de la sociedad con referencia al día en que se hubiera disuelto*”, es un documento extracontable como el propio “balance final de liquidación”¹⁰⁷⁷, efectuándose en el mismo la determinación del patrimonio repartible entre los socios¹⁰⁷⁸. La cuestión planteada está en si rige el principio de empresa en funcionamiento, y en qué medida la respuesta que se dé condiciona la admisibilidad de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas en liquidación cuando todas las participantes en el proceso de fusión son sociedades en esta situación.

Acotando aún más la cuestión que nos ocupa, se afirma que las sociedades de capital inmersas en procesos de liquidación alcanzan esta situación fundamentalmente en base a dos escenarios: (i) aquellas situaciones en las que sin haberse acordado la disolución de la empresa, o la apertura de la liquidación en sede concursal, los administradores opinan que no procede seguir manteniendo la hipótesis de empresa en funcionamiento y; (ii) aquellas otras en que se han producido ciertos hitos jurídico (acompañados generalmente en el caso de haberse acordado la disolución, del cese de la actividad empresarial, cese en la actividad que no sucederá necesariamente en el supuesto de liquidación concursal, al deber contener el informe de la administración concursal la “*valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación*”¹⁰⁷⁹) y, como consecuencia de los mismos, surge la obligación legal de liquidar el patrimonio de la empresa, realizando el activo y pagando las deudas, para posteriormente, en su caso, repartir la cuota de liquidación resultante entre los socios.¹⁰⁸⁰

Es en el segundo de esos supuestos cuando interfiere la cuestión de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas en liquidación, esto es, cuando la(s) sociedad(es) que es(son) absorbida(s) o todas o alguna de las participantes en el proceso de fusión está(n) en “liquidación” por haberse acordado o ser procedente su disolución, porque a pesar de la concurrencias de esa circunstancia no parece que desaparezcan las expectativas de la continuidad de la actividad de la empresa, precisamente como consecuencia de la fusión¹⁰⁸¹. Por ello, parece defendible la posibilidad de la fusión de sociedades en liquidación, aun cuando todas las intervinientes en el proceso se encuentren en esta situación en la medida que existan expectativas de continuidad de las empresas que se fusionan como consecuencia de la propia fusión.

8.4.2.3.1.4.1.2. El sistema de información contable para las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas en liquidación y la cuestión de la aplicación del principio de empresa en funcionamiento.

El sistema de información contable para las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas en liquidación ha planteado un relevante debate doctrinal. A este respecto, el uso por la norma mercantil de expresiones como la obligación de elaborar “un estado anual de cuentas” o “los estados de la liquidación”, ha suscitado un debate doctrinal sobre si,

acordada la disolución o la apertura de la liquidación, cabe sostener a efectos mercantiles que subsiste la obligación de formular cuentas anuales en sentido estricto, o si, por el contrario, el deber de información en ese momento de la vida societaria, cercano a su final, se debería reconducir a mostrar una relación ordenada de los activos y pasivos de la sociedad y de las operaciones tendentes a su liquidación, con el detalle que fuese requerido por la norma mercantil para que un tercero pueda evaluar si las actuaciones que se van desarrollando se ajustan a las normas o reglas que tutelan ese proceso¹⁰⁸².

Se afirma que el Derecho mercantil español no se decanta por una ruptura del sistema de información contable una vez acordada la disolución de las sociedades. Por el contrario, sigue exigiendo la formulación de cuentas anuales y por ello, se concluye, parece razonable considerar que en la tarea de interpretar las normas contables a seguir también debería estar presente esa idea de “conservación de la norma jurídica” a partir de la cual se imponga una visión integradora y sistemática de nuestro Derecho contable y, en consecuencia, se limite en la medida de lo posible la aplicación de criterios diferentes a los “ordinarios”.

Consecuentemente, se afirma que, en los supuestos ordinarios de liquidación sin fusión, cuando los administradores formulen las cuentas anuales sin aplicar el principio de empresa en funcionamiento, la valoración de los activos y pasivos de la empresa y el registro de las operaciones de tráfico que, en su caso, hubiera que concluir seguirán rigiéndose, con carácter general, por el principio de devengo y las normas de registro y valoración contenidas en la segunda parte del marco general de información financiera (PGC), así como con la documentación legalmente prevista.

De esta manera, el Marco Conceptual Contable de la sociedad anónima en liquidación no diferirá del MCC incluido en el PGC, planteándose la cuestión de si a este principio cabe excepcionar la aplicación del principio de empresa en funcionamiento y si deben diferenciarse los criterios de valoración aplicables. La respuesta parece que ha de ser positiva, deberá aplicarse el principio de empresa en funcionamiento, sin perjuicio de las consecuencias que la situación de liquidación en que se encuentra la empresa pueda tener desde la perspectiva del reconocimiento de los activos y pasivos, por aplicación directa de las reglas generales¹⁰⁸³. Afectando a la documentación contable y al balance de fusión de esa sociedad en liquidación.

Si todas las sociedades que participan en la fusión están en liquidación, se plantean dos hipótesis, la primera de ellas es que aquellas sociedades pretendan con la fusión continuar, mediante la sociedad de nueva creación o la absorbente, el ejercicio de la actividad empresarial; la segunda, más teórica que realmente posible, es que no tengan tal pretensión y únicamente procuren ordenar mejor sus procesos liquidativos. En la primera hipótesis parece que se mantendrá la vigencia del principio de empresa en funcionamiento, no así en la segunda.

Una cuestión adicional que se plantea es la aplicabilidad del citado principio de empresa en funcionamiento cuando varias de las entidades que se fusionan conforman un grupo y por tanto alguna o algunas (en los supuestos de fusiones de varios grupos) de las sociedades vienen obligadas a elaborar estados financieros consolidados. En tal supuesto, si alguna sociedad dependiente tuviese que aplicar en sus cuentas anuales individuales el marco de información financiera con peculiaridades correspondientes a su estado de liquidación u otro similar (incluyendo la no aplicación del principio de empresa en funcionamiento), teniendo en cuenta el carácter transfronterizo de la fusión, puede verse obligada por su legislación contable nacional a no aplicar el principio de empresa en funcionamiento. En sentido contrario, si la entidad que informa o elabora los estados financieros consolidados mantuviese la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, esas cuentas anuales consolidadas se elaborarán aplicando el marco contable general, que proporciona una cabal y adecuada respuesta al patrimonio en “liquidación” a través de los criterios previstos para contabilizar las inversiones en sociedades mantenidas para la venta.

8.4.2.3.1.5. La “transmisión” o “sucesión” laboral de la empresa-sociedad anónima.

Las organizaciones “anónimas” han venido siendo los grandes protagonistas en la economía moderna¹⁰⁸⁴, dotadas de personalidad jurídica para poder intervenir con fluidez en el tráfico económico, al ser la organización una de las grandes realidades de la vida contemporánea. Sin ellas no se hubieran producido los desarrollos espectaculares de la industria moderna, superándose las posibilidades tanto físicas como intelectuales de los individuos, aislados o agrupados pero no organizados¹⁰⁸⁵.

La organización-empresa-sociedad anónima supone bienes, materiales e inmateriales y trabajadores ordenados según y mediante el poder directivo empresarial¹⁰⁸⁶. Ciertamente el fenómeno de la empresa es complejo¹⁰⁸⁷, pero esta generalmente admitido que únicamente aquellos que se integran en la organización empresarial-sociedad anónima, (trabajadores¹⁰⁸⁸, dirección y accionistas)¹⁰⁸⁹ conforman parte de la misma y la fusión transfronteriza de sociedades anónimas presupone la existencia de tantas empresas como sociedades anónimas participantes en el proceso de fusión.

8.4.2.3.1.5.1. Las “sucesiones de empresarios-sociedades anónimas” y la permanencia de la empresa-sociedad anónima.

Las “sucesiones de o entre empresarios”, presuponen tanto en el sistema económico capitalista industrial (que está basado en las unidades productivas o empresas) y postindustrial (con grandes empresas o corporaciones, grupos de empresas o conglomerados financieros), como en el sistema del “capitalismo (financiero) global”, que

el mantenimiento de las empresas, y su óptimo rendimiento, es fundamental, lo cual determina que sea necesario el mantenimiento del trabajo y su continuidad, con una razonable imposición¹⁰⁹⁰.

Las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas requieren de la permanencia de las empresas, esto es de la operatividad de la institución de la “sucesión de empresa”. Esto implica, a su vez, “el mantenimiento de las relaciones laborales”, ya que para dotar a la empresa de integridad, como realidad unitaria, e impedir su dislocación, la novación por cambio de empresario adhiere los contratos de trabajo al complejo productivo que radica en la misma base física o establecimiento¹⁰⁹¹.

De ahí que deba hacerse referencia a las relaciones laborales existentes en la empresa y la ley se preocupe de garantizar su continuidad. Ejemplarmente establece la Disposición adicional primera, de la LME, titulada “Derechos Laborales derivados de Modificaciones Estructurales”, que *“las modificaciones estructurales reguladas en esta Ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”* (en adelante, “ET”).

Pero para que se produzca el fenómeno sucesorio laboral en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas tiene que efectivamente haberse producido la fusión respecto de la sociedad anónima titular de la empresa o unidad productiva. Por ello precisa por la jurisprudencia¹⁰⁹² del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que el objetivo de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, (en adelante, también, la “**Directiva 2001/23**”), es regular toda mutación jurídica de la persona del empresario, siempre que se reúnan los requisitos que se determinan. Consecuentemente esa misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no duda en afirmar que *“la circunstancia de que las sociedades de que se trate tengan no sólo los mismos propietarios, sino también la misma dirección y las mismas instalaciones, y trabajen en la misma obra es indiferente al respecto”*¹⁰⁹³, habrá unidad empresarial, a la que se podrá llegar mediante el “levantamiento del velo” societario “ad extra” para prescindir del empleador formal y buscar el real y verdadero, configurando una situación de co-titularidad, proclamándose la existencia de un solo y único empresario o empleador¹⁰⁹⁴, pero no habrá “sucesión laboral” o “sucesión de empresa”.

No obstante, también ha de repararse en el supuesto *“en el que la empresa cedente ejerce, con respecto al cesionario, facultades de control significativas que se manifiestan a través de una íntima relación de principal a encargado y un reparto del riesgo empresarial”*. La existencia de esta relación no puede, de por sí afectar a *“la operatividad del fenómeno sucesorio laboral ni cuestionar el mandato del artículo 14.4 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, impidiendo asimismo la aplicación de la Directiva 2001/23”*, porque *“una interpretación distinta permitiría burlar fácilmente el objetivo*

*perseguido por dicha Directiva que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una unidad económica, con independencia del cambio de propietario*¹⁰⁹⁵.

8.4.2.3.1.5.1.1. Patrimonio y “capital humano” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

Pudiera parecer redundante aludir a “sucesión patrimonial universal” y a “sucesión de empresa”. En cuanto que con ambas expresiones se hace referencia a la sucesión en el “capital” de las sociedades anónimas que se fusionan, y que comprendería el “patrimonio” y el denominado “capital humano”, compuesto por la fuerza de trabajo, las calificaciones, la capacitación y las habilidades individuales. No obstante semejante identificación sería impropia en ese contexto en el que el término “capital” debe considerarse sinónimo al de “patrimonio” comprensivo de todas las formas de riqueza, que pueda ser poseída de manera permanente y acumulada por las sociedades anónimas que se fusionan, lo que naturalmente excluye al “capital humano”¹⁰⁹⁶.

La “sucesión de empresa” en la posición empleadora o empresarial laboral se produce “ope legis”¹⁰⁹⁷ o “ministerio legis” en la fecha de efectos la fusión (transmisión)¹⁰⁹⁸, porque la relación laboral vincula al trabajador “no con la empresa, sino con el empresario”¹⁰⁹⁹ que desaparece o se extingue como consecuencia de la fusión, en todo caso ha de repararse en que el trabajo se presta en libertad, es libre¹¹⁰⁰, por lo que el trabajador puede acudir a los medios ordinarios de extinción, en todo caso.

La empresa del siglo XXI se caracteriza por su flexibilidad, que permite su adaptación al desarrollo y constante cambio del conocimiento científico, de la técnica y del entorno económico global. Lo que incluye a las relaciones dimanantes de la prestación de trabajo. Efectivamente aquella continuada evolución determina que en las regulaciones legales de la prestación del trabajo aparezca una noción relativamente indeterminada y dinámica de relación laboral, flexible (flexiseguridad), cambiante, conscientemente ambigua, susceptible de recoger nuevas modalidades de prestación de trabajo que surgen al compás de la propia evolución del contexto social y económico, permitiendo su reelaboración constante, adecuándose la aplicación de las normativas reguladoras del contrato de trabajo y de la relación laboral¹¹⁰¹ a los cambios de la realidad productiva, industrial y social¹¹⁰².

Pero no se puede obviar la evolución habida en la empresa, pues si el esquema fordista de producción obedecía a una organización en la que la posición jurídicamente dependiente o subordinada del trabajador era rígida y muy exigente, en la que la relación entre el empresario y el trabajador se desarrollaba constantemente en el mismo lugar (la fábrica, el establecimiento) y tiempo de trabajo (jornada, horario), poco a poco se ha ido abriendo paso una concepción más flexible, superadora del concepto de empresa tradicional¹¹⁰³, bastando ahora con la integración del trabajador en la esfera organizativa,

productiva y directiva de la empresa, de tal manera que es suficiente con la existencia de órdenes ajenas al trabajador sobre el modo de ejecución del trabajo o con la acomodación de la actividad laboral a los condicionamientos programados de la organización productiva. Porque la preparación y los conocimientos de los trabajadores son cada vez más importantes, pasando a conformar sustantivamente la idea de la empresa¹¹⁰⁴. Por ello la continuidad de esas relaciones laborales es singularmente relevante en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, y se vincula a su leitmotiv en la búsqueda del mayor valor posible de la empresa que se propone llevar cabo, mediante la fusión, la sociedad absorbente o las sociedades fusionadas mediante la creación de la nueva sociedad.

8.4.2.3.1.5.1.2 “Capital humano” y “fondo de comercio” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

La división del trabajo constituye una de las grandes realidades vinculadas a la organización empresarial moderna. Sin división del trabajo no hay empresa¹¹⁰⁵, pero sin trabajadores no hay empresa ni, por ende, división del trabajo, ni opera la “Segunda Ley de Babbage”, que establece el puente entre división del trabajo y progreso técnico¹¹⁰⁶. De ahí la preocupación por la continuidad de las relaciones laborales en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas¹¹⁰⁷.

Ciertamente la “plantilla de trabajadores”, forma parte del “fondo de comercio”, en cuanto que la absorbente o sociedad resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas ha “*atribuir valor a la existencia de una plantilla bien organizada, que conforma un grupo de empleados existente que permite a la adquirente continuar la explotación de un negocio adquirido desde la fecha de adquisición*”. La exigencia de que la plantilla esté “bien organizada” es redundante, en cuanto que por una parte cualquier plantilla está bien organizada, con arreglo al principio de economicidad y por otra parte permite, por hipótesis en las fusiones transfronterizas a la absorbente o a la sociedad de nueva creación la continuidad de la explotación. Esa circunstancia es suficiente para justificar la procedencia del efecto laboral “sucesión de empresa”, en cualquier fusión transfronteriza. Su no previsión legislativa o su no aplicación efectiva es cuestión de mero voluntarismo o decisión política (política legislativa), pero no afecta a la institución jurídica considerada en su dimensión económica, estructural y lógico jurídica¹¹⁰⁸. No obstante ha de tomarse un criterio jurídico.

8.4.2.3.1.5.2. El criterio jurídico de las normas ejemplares

Las peculiaridades históricas del modelo de relaciones laborales anglosajón y de los modelos continentales se han ido diluyendo con el transcurso del tiempo, y con la globalización del sistema de economía de mercado o capitalista se han ido homogeneizando, de tal modo que en las relaciones de trabajo modernas ambos pivotan

sobre un triple nivel conformador de los contenidos de la relación laboral: la legislación imperativa, el convenio colectivo, y el contrato de trabajo, que opera con desigual intensidad cada uno de ellos en su funcionalidad conformadora. No obstante, habida cuenta de la falta de una remisión o regulación específica en la MBCA, relativa a las vicisitudes de las relaciones laborales existentes en las empresas-sociedades anónimas que se fusionan, básicamente su permanencia o extinción, es aconsejable seguir la regulación establecida en la Unión Europea, que es completa y goza de una característica “universalidad”, sin por ello desconocerse la aplicabilidad del convenio OIT n° 158 que fue ratificado por los Estados Unidos y del que también cabe deducir un modelo de sucesión laboral.

En todo caso y para justificar el seguimiento, en esta materia, de la normativa de la Unión Europea baste una remisión a los epígrafes correspondientes¹¹⁰⁹. Aquella regulación es la más solvente, al estar plenamente ajustada a los parámetros característicos de la cultura jurídica occidental, bien que dadas sus características ha de ser completada con una referencia a la regulación contemplada en los ordenamientos jurídicos nacionales, necesariamente ajustados al mandato regulatorio de la Unión Europea¹¹¹⁰. Son razones pragmáticas las que aconsejan tomar como criterio de referencia nacional nuestro propio ordenamiento jurídico.

En paralelo con la referencia legal a la “*transmisión universal de la totalidad del patrimonio activo y pasivo*” (artículos 19.1 y 23 de la Directiva 2011/35/UE relativa a las fusiones de las sociedades anónimas), a que la “*totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida (o de las sociedades que se fusionan) se transferirá*” (Directiva de Fusiones Transfronterizas, art.14.1.(a) y (b)), a la “*transmisión en bloque de los patrimonios y adquisición por sucesión universal*” (artículos 22 y 23 de la LME), en relación con los contratos de trabajo y relaciones laborales también se alude, con singular expresividad en nuestro ordenamiento, a “*sucesión de empresa*” (artículo 44 ET)¹¹¹¹, y, probablemente con más precisión y propiedad pero menos capacidad sugerente, el Derecho de la Unión Europea a “*traspasos de empresas*”.

Las referencias a los términos citados se realizan para significar la continuidad de la actividad económica del conjunto de trabajadores de una empresa, o lo que es lo mismo que se producen efectos subrogatorios o “sucesorios” respecto de los contratos de trabajo y relaciones laborales, ya existentes en la(s) sociedad(es) anónima(s) titular(es) de la(s) empresa(s) que se fusiona(n), por la sociedad absorbente o de nueva constitución, que los asume (artículo 1.1 de la Directiva 2001/23¹¹¹²), 14.4 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas de las sociedades de capital, y artículo 29.4 del Reglamento 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea). Bien entendido que “*no cabe, en ningún caso establecer analogía alguna entre la extinción de la personalidad causada por el fallecimiento y la extinción de la personalidad subsecuente a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas*”¹¹¹³.

Puede, por consiguiente, aludirse a “unicidad del fenómeno sucesorio” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, que a la vez y al propio tiempo se

refuerza y justifica, con las drásticas e ineludibles exigencias de participación e informativas a los trabajadores acerca de la fusión¹¹¹⁴. Deberes¹¹¹⁵ coherentes con la condición de los trabajadores de partícipes y parte de la cada una de las empresas participantes en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, y que en absoluto se minoran o excluyen sino que permanecen o se refuerzan¹¹¹⁶. En este sentido se pronuncia la Disposición adicional primera.1, de la LME, que establece expresamente que “*lo previsto en esta Ley se entiende sin perjuicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en la legislación laboral*”.

La dicción literal del art. 14.4 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, que indica que “*los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza se transferirán, en razón de este hecho, a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto*” (artículo 14.4) y la del art. 29.4 el Reglamento 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la sociedad anónima europea (Societas Europaea) que señala que “*los derechos y obligaciones de las sociedades participantes en materia de términos y condiciones de empleo derivados de la legislación y prácticas nacionales, de los contratos de trabajo individuales o de las relaciones laborales existentes en la fecha del registro, se transferirán, en razón de dicho registro, a la SE en el momento de su registro*”, parecen indicar que no es posible la disociación entre “continuidad económica” y “subrogación laboral”.

Efectivamente podría cuestionarse si acaso se produce aquel efecto subrogatorio laboral aun cuando en virtud de la fusión transfronteriza no se diese “continuidad económica”, en el sentido de que no se transmitiera una “empresa”, dada la polivalencia funcional de la sociedad anónima, o la actividad de “empresa” de alguna de las sociedades anónimas que se fusionasen hubiese dejado de estar activa, no transitoria, sino definitivamente (lo que no se confunde con la circunstancia de que participen en la fusión sociedades anónimas en liquidación), de tal manera que la resultante de la fusión fuera la transmisión de elementos patrimoniales aislados, o simplemente haciendo abstracción de los elementos transmitidos la mera existencia en las sociedades absorbidas o fusionadas de relaciones laborales vivas o vigentes, sin consideración alguna a su integración en una organización productiva o conformándola.

En tales supuestos, resultaría que, por *mor* de aquel mandato de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, la subrogación en los contratos de trabajo y relaciones laborales existentes se produciría, siempre y en todo caso. De tal manera que la subrogación acontecería el fenómeno sucesorio laboral en términos más amplios que los regulados en la Directiva 2001/23, pues como se afirma en esta última Directiva, y aun cuando ésta extiende su campo de aplicación a las “fusiones” (“*la evolución económica implica, en el plano nacional y comunitario, modificaciones de la estructura de las empresas, que se efectúan, entre otras formas, mediante trasposos a otros empresarios de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, como consecuencia de fusiones*”¹¹¹⁷), no se aplicaría a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, al establecerse y enunciarse en la Directiva de

Fusiones Transfronterizas, por más que ésta no las regule. Situación normativa determinante de incoherencia y confusión legislativa.

Para resolver aquella cuestión ha de repararse previamente en que: (i) La existencia de la continuidad económica en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas supone continuidad de la actividad de empresa, al ser una circunstancia con fecha de caducidad la polivalencia e indiferencia del objeto de la sociedad anónima en nuestro ordenamiento, como ya se indicó, y que la falta definitiva de actividad de empresa en alguna de las sociedades anónimas participantes en la fusión, conllevaría la natural y lógica consecuencia de la extinción de los contratos de trabajo y relaciones laborales¹¹¹⁸; y (ii) La referencia a “empresas” y a sus “fusiones” en la Directiva 2001/23, tiene sentido y alcance exclusivamente laboral, no obstante en el supuesto de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, se da coincidencia, en ésta aspecto, entre las nociones “laboral” y “mercantil” de “empresa”.

Efectuadas esas precisiones, puede despejarse la duda de cuál de las dos Directivas es aplicable o, en su caso, si deben conciliarse ambas. Esta cuestión ha de resolverse, habida cuenta de la singularidad de los contratos de trabajo y las relaciones laborales, siguiéndose el principio de aplicación de la legislación especial. En buena medida ese criterio se deduce de la propia Directiva de Fusiones Transfronterizas que, en su Considerando 12, establece que *“los derechos de los trabajadores distintos de los derechos de participación seguirán organizándose de acuerdo con las disposiciones de los Estados miembros contempladas por la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a los despidos colectivos, la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, relativa a la protección de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, así como la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, relativa a la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”*.

Para la resolución de la cuestión propuesta sirve de “puente o paso jurídico” la Directiva 2011/35, según cuyo Considerando 6, *“la protección de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de cualquiera de ellos está regulada en la actualidad por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001”*. Consiguientemente los efectos sobre los contratos de trabajo y relaciones laborales existentes en las sociedades anónimas que se fusionan, derivados de semejantes “traspasos de empresas” (fusiones transfronterizas), consisten básicamente en que *“los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso sean transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso”*, se regularán por aquella Directiva 2001/23¹¹¹⁹, que asume por conexión con la Directiva 2005/56, su condición de norma ejemplar.

Adicionalmente, en la medida en que sea aplicable nuestro ordenamiento jurídico, la cuestión citada se resuelve por el artículo 44 ET, cuyo ajuste al ordenamiento jurídico de la Unión Europea no es dudoso, tanto directamente a la Directiva 2001/23 como indirectamente, en ésta materia, a la Directiva 2005/56¹¹²⁰. Efectivamente la normativa Comunitaria alude a “*traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad*” (artículo 1.a) de la Directiva 2001/23/CEE, del Consejo de 12 de marzo de 2001), en tanto el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a “*cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma*”, utilizándose en el apartado 2 de dicho artículo 44 la expresión “*transmisión*”, procediendo a regular los supuestos en los que se considera que existe sucesión de empresa en el mismo sentido que está previsto por la regulación contenida en el artículo 1 b) de aquella Directiva¹¹²¹.

8.4.2.3.1.5.3. Los intereses protegidos o que se amparan por las normas jurídicas ejemplares.

Si bien el concepto sucesorio laboral es amplio y se corresponde con la idea de que “*debe reputarse existente cuantas veces el ciclo productivo o la generación de servicios públicos se sometan al poder de organización y dirección de un titular que, incluso sin sustituir necesariamente al anterior en la acepción técnico jurídica de la sucesión y, máxime si ello sucede, le reemplaza para reiniciar o proseguir, aun mediando un discreto intervalo de inactividad, la dedicación que el precedente explotador dejó de realizar en su momento*”¹¹²², sin embargo resulta que es más restrictivo que el de “sucesión patrimonial universal”, habida cuenta de los criterios establecidos jurisprudencialmente, pues “*deberá haberse producido la transmisión de una entidad económica organizada de forma estable*”¹¹²³, en los términos y con los requisitos establecidos por una relevante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea emanada en aplicación de aquella Directiva 2001/23, desde luego aplicable a la transmisión o sucesión de empresa que se opera mediante las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

La “sucesión de empresa” constituye una institución fundamental de la cultura jurídica occidental, especialmente desarrollada en el “Derecho social de la Unión Europea”, con unos contornos perfectamente definidos e identificables deducibles de aquel ordenamiento jurídico, por más que subsistan diferencias menores en las regulaciones de los distintos Estados miembros de la Unión Europea, originadas en que el instrumento jurídico empleado para su implantación a nivel de la Unión Europea ha sido una Directiva (norma de armonización) y no un Reglamento (norma de uniformización).

Se ha de reparar en que para determinar si ha existido o no sucesión de empresa, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad.

Por su razonabilidad jurídica, habida cuenta de las características universalmente admitidas de la relación laboral¹¹²⁴, debe seguirse, en todo caso, y no solamente en relación con las fusiones transfronterizas producidas en el ámbito de la Unión Europea, el contenido de la Directiva 2001/23, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Aplicabilidad que se fundamenta cuando se repara en que su razonabilidad jurídica se vincula a la propia ideología subyacente al capitalismo industrial y financiero universalmente implantado y generalmente aceptado.

En esos parámetros, la precitada Directiva 2001/23 afirma que su finalidad es “*proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos*”¹¹²⁵. Se trata de una normativa garantista del “*mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones acordadas con el cedente*”. No obstante semejante finalidad confesada en la norma legal reguladora no ha impedido que, por la jurisprudencia y por la doctrina, se haya venido poniendo de manifiesto que en la precitada normativa comunitaria se consideran intereses muy diversos, en definitiva todos los que coinciden en torno a “la empresa”. Tanto los correspondientes al empresario y como a los trabajadores (individual y colectivamente considerados), al sistema mismo de economía de mercado¹¹²⁶, al interés general o público, y los difusos intereses de los consumidores y usuarios. Lo cual no elude que pueda y deba plantearse “la jerarquía existente entre ellos, si hay alguna”¹¹²⁷. Esas consideraciones son suficientes para extrapolar la regulación contenida en la normativa de la Unión Europea a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas con carácter general, se produzcan entre con sociedades anónimas pertenecientes o no a la Unión Europea, eso sí manteniendo la hipótesis inicial de que el menos una de ellas tenga nacionalidad española.

8.4.2.3.1.5.4. La exigencia de que se mantenga la “identidad” de la empresa-sociedad anónima para que se produzca la sucesión laboral respecto de los trabajadores a ella adscritos.

La continuidad económica que produce la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, es consistente con la idea de la “sucesión de empresa” habida cuenta de la amplitud de la noción de empresa y actividad económica en términos sucesorios laborales. Según la doctrina sobre la “sucesión” o “traspaso de empresa” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹²⁸, la Directiva 2001/23 es aplicable a todos los supuestos de cambio de la persona jurídica responsable de la explotación de la empresa, que asume las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa¹¹²⁹, circunstancia que ocurre, sin duda, en el marco de una fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

En las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se modera (flexibiliza), por razón de su transnacionalidad, la advertencia de que *“para la aplicación de la referida Directiva (2001/23), la unidad económica de que se trate debe, con anterioridad a la transmisión, en particular, gozar de una autonomía funcional suficiente, refiriéndose el concepto de autonomía a las facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectado, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo, y más concretamente de dar órdenes e instrucciones y distribuir tareas entre los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario”*¹¹³⁰.

Efectivamente, con aquellas precisiones la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, está aludiendo a la empresa como organización productiva, negando la posibilidad de los Estados miembros de la Unión Europea puedan establecer que el fenómeno sucesorio laboral, referente al mantenimiento de los derechos de los trabajadores, también se produzca en una situación en que la unidad transferida no disponga, con anterioridad a la transmisión, de una autonomía funcional suficiente¹¹³¹. No obstante es la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que ha matizado el rigor de la anterior exigencia, al indicar que *“la mera falta de autonomía funcional de la unidad transmitida no puede, de por sí, impedir que un Estado miembro garantice en su Derecho interno el mantenimiento de los derechos de los trabajadores posteriormente al cambio de empresario”* y que *“el artículo 1, apartado 1, letras, a) y b), de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que, con motivo de la transmisión de una parte de empresa, permite que el cesionario suceda al cedente en las relaciones laborales en el supuesto de que esa parte de empresa no constituya una unidad económica funcionalmente autónoma preexistente a su transmisión”*¹¹³².

8.4.2.3.1.5.4.1. La identificación de la empresa-sociedad anónima, como paso previo a la determinación del mantenimiento de la identidad.

El concepto de “empresa”, en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 77/187, ahora Directiva 2001/23/CE, incluye a cualquier entidad económica, organizada de forma estable, con independencia incluso del estatuto jurídico de dicha entidad y de su sistema de financiación. Constituye tal entidad todo conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, estando suficientemente estructurada y siendo autónoma¹¹³³.

El empresario-sociedad-anónima *“organiza a un conjunto de personas, que están en una relación de dependencia respecto de él, con el fin de desarrollar la actividad económica en la que se concreta la empresa”*¹¹³⁴. La característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución, de tal manera que *“la naturaleza jurídica sui generis de la relación laboral con respecto (a un) Derecho nacional (...) no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador”*¹¹³⁵, pues la falta o no calificación formal de trabajador por cuenta ajena, sino como por cuenta propia, con

arreglo a un determinado Derecho nacional no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador por cuenta ajena, si su independencia sólo es ficticia, disimulándose así una relación laboral¹¹³⁶, no influyendo tampoco en esa calificación que el contrato de trabajo esté vivo o en suspenso al tiempo de la transmisión¹¹³⁷, ni de la exigencia de que la transmisión afecte a “una explotación empresarial viva”¹¹³⁸.

Por el mero hecho de la “sucesión de empresa” la sociedad absorbente o la de nueva creación, mantendrá las facultades directivas¹¹³⁹ y sancionadoras que se atribuyen al empleador y son propias de la relación laboral¹¹⁴⁰, de tal manera que el efecto subrogatorio de la sucesión no supone el blindaje del contrato de trabajo, impidiendo su extinción si es que concurre alguna de las causas previstas en (los) ordenamiento(s) jurídico(s) a tal fin, sino que simplemente revela que la sucesión no es, en sí misma, causa extintiva¹¹⁴¹. El mantenimiento de la identidad de la empresa no obliga al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo existentes en el momento de la fusión¹¹⁴², por más que subsistan las representaciones de los trabajadores de las empresas que se fusionan¹¹⁴³.

La Directiva 2001/23 toma como referencia para proclamar la existencia de “efectos sucesorios laborales”, la constatación de la previa existencia de una empresa en su dimensión jurídico-objetiva, que mantenga su “identidad”¹¹⁴⁴ tras la fusión. La aplicabilidad de aquella Directiva y de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, y consecuentemente de los efectos “sucesorios laborales” se centra “*en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude*”¹¹⁴⁵. Sobre esta exigencia no se pronuncia el mandato contenido en el artículo 14.4 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, debiendo acudir por remisión a la Directiva 2001/23.

8.4.2.3.1.5.4.2. La estabilidad de la organización-empresa, que refiere mantenimiento de identidad. La estabilidad de la organización de la empresa-sociedad anónima, que refiere mantenimiento de identidad.

La Directiva 2001/23 establece que la “sucesión laboral” se produce únicamente si, como consecuencia de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, acontece un traspaso que afecte a una “*entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada*”, o se trate de un “*conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio*”¹¹⁴⁶. Con lo que la cuestión se traslada a la noción de “entidad económica organizada de forma estable” (empresa) y a su “permanencia” o no desmembramiento o dilución, en el momento y como consecuencia de la transmisión¹¹⁴⁷.

En la fusión transfronteriza de sociedades anónimas la diferenciación entre “empresa” y “centro de trabajo”, tiene una utilidad limitada en cuanto que por el efecto sucesorio universal inherente a la fusión se transmite la empresa con todos los centros de

trabajo que tuviere lo cual no es infrecuente en empresas que se dedican al comercio al por menor, que pueden tener multitud de “tiendas”¹¹⁴⁸, en diferentes países, con independencia de que puedan utilizarse otros sistemas de distribución comercial (p.e. j. franquicias), y los trabajadores estarán adscritos a alguno de ellos o en su caso, a la sede central, si sus servicios se prestan en relación con todos o varios centros de trabajo.

No obstante aquella diferenciación tampoco es inútil ni indiferente, en la medida en que si puede resultar de interés para mantener la identidad la empresa, no pudiéndose reconducir a un conjunto de bienes independientes y desorganizados. Puede traerse a colación una determinada jurisprudencia del TJUE calificada de “paradigma”¹¹⁴⁹, que si bien ha sido dictada con ocasión de la aplicación de la normativa de la Unión Europea relativa a despidos colectivos, resulta de indudable utilidad, máxime cuando las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, no son ajenas a la práctica de despidos colectivos. Además, la interpretación dada del concepto “centro de trabajo” se ve corroborada por las disposiciones de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, cuyo artículo 2, letras a) y b), establece igualmente una clara distinción entre los conceptos de “empresa” y de “centro de trabajo”¹¹⁵⁰.

Según aquella jurisprudencia ha de comenzarse estableciendo una “clara distinción entre los conceptos de “empresa” y de “centro de trabajo”¹¹⁵¹, y que el concepto de “centro de trabajo” es un concepto de Derecho de la Unión y no puede definirse por referencia a las legislaciones de los Estados miembros¹¹⁵².

Efectivamente, “los conceptos de “empresa”¹¹⁵³ y de “centro de trabajo” son distintos: el centro de trabajo es, por regla general, una parte de una empresa. No obstante, ello no excluye que el centro de trabajo y la empresa puedan coincidir en aquellos casos en los que la empresa no disponga de varias unidades distintas”. Ciertamente, continúa indicando aquella misma jurisprudencia que “la relación laboral se caracteriza esencialmente por el vínculo existente entre el trabajador y aquella parte de la empresa a la que se halla adscrito para desempeñar su cometido”. En consecuencia, el “centro de trabajo” designa, según las circunstancias, aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por una determinada decisión empresarial, para desempeñar su cometido. A efectos de la definición del concepto de “centro de trabajo” no resulta esencial que dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente determinadas actuaciones empresariales importantes y complejas (p.e.j., despidos colectivos)¹¹⁵⁴.

Dado que las decisiones empresariales sobre los “centros de trabajo”, pueden producir graves y trascendentales consecuencias socioeconómicas en un contexto local y en un medio social determinados, la jurisprudencia ha tendido a realizar una interpretación amplia de este concepto en búsqueda de atender a las finalidades protectoras de la legislación laboral. A este respecto, se precisa que “puede constituir concretamente un “centro de trabajo”, en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad,

*que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas”, y que “la entidad en cuestión no debe estar dotada necesariamente de autonomía jurídica alguna ni de una autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada de “centro de trabajo””, de tal manera que “cuando una “empresa” incluye varias entidades que cumplen los criterios precisados (...), el “centro de trabajo” (...) es la entidad a la que se hallan adscritos los trabajadores (...) para desempeñar su cometido”*¹¹⁵⁵.

Se afirma, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que para determinar la existencia del efecto sucesorio, han de *“tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figura, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades”*¹¹⁵⁶.

Para determinar si ha existido o no sucesión de empresa, no es preciso que el nuevo empresario, continuador de la actividad, sea propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma¹¹⁵⁷, basta con que se haya producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga, en el momento de la transmisión, su identidad¹¹⁵⁸, porque la noción de “actividad económica”, comprende cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado¹¹⁵⁹. Esto es, *“se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una unidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”*. Esta definición, que supuso una evidente innovación respecto a otras anteriores, al influir de manera esencial la descripción del objeto de la transmisión, tiene consecuencias relevantes:

- (i) Para determinar la existencia de “traspaso” de la empresa, en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23, el criterio decisivo es determinar si la unidad de que se trata mantiene su identidad tras su adquisición por el nuevo empresario¹¹⁶⁰.
- (ii) Dicha transmisión debe referirse a una unidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada.
- (iii) Constituye tal unidad todo conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, suficientemente estructurada, y autónoma¹¹⁶¹.

Por hipótesis esos requisitos deben concurrir en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, dado el mandato rotundo del artículo 14.4 de la Directiva 2005/56, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (*“los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza se transferirán, en razón de este hecho, a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto”*).

La concurrencia del requisito de mantenimiento de la “identidad”, se refiere al momento de la efectividad de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, por lo que no supone que “después de la transmisión” la entidad que se transmitió no pueda ser disuelta por la empresa cesionaria, bien que alternatively pueda continuar funcionando como una entidad identificable dentro de la empresa cesionaria¹¹⁶². Respecto de este requisito, se afirma que debe determinarse atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes. Cuando tal identidad concorra, “hay sucesión de empresa”. Ahora bien, la existencia de identidad no exige que se haya producido una transmisión de bienes en conjunto, siendo suficiente con que exista transmisión de plantilla, como conjunto organizado de personas adscritas a la realización de un determinado fin empresarial.

8.4.2.3.1.5.4.3. Empresa-sociedad anónima. Identidad y “sucesión de plantillas”.

Puede plantearse si “sucesión de plantillas” es equivalente a “sucesión de empresa”¹¹⁶³ en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, dado que, en virtud del mandato contenido en el artículo 14.4 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, *“los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza se transferirán, en razón de este hecho, a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto”*.

Pero tal identificación es errónea, dado que el razonamiento que se presupone (puesto que toda fusión transfronteriza de sociedades anónimas, en el momento en que surte efecto, obliga a la sociedad absorbente o resultante de la fusión a hacerse cargo o asumir los derechos y obligaciones procedentes de los contratos de trabajo o relaciones laborales existentes en las sociedades anónimas que se extinguen, lo que constituye “sucesión de plantillas”, siempre se produce “sucesión de empresa”) es falso. El mandato contenido en el artículo 14.4 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, efectúa una remisión a la Directiva 2001/23, cuyos requisitos han de cumplirse para que se opere el efecto subrogatorio laboral. De esta forma, únicamente si se cumplen tales requisitos, los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza se transferirán, en razón de este hecho, a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Esto es, únicamente cuando se cumple el requisito de la identidad, se producirá, “*ope legis*”, un “traspaso” o “sucesión” de empresa. De esta forma, el elemento más relevante para determinar la existencia de una transmisión de una entidad productiva y, por tanto, con “sucesión de empresa”, seguirá consistiendo en determinar si la entidad de que se trate mantiene su identidad¹¹⁶⁴. El mantenimiento de la identidad se desprenderá, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude¹¹⁶⁵, debiendo referirse también en el supuesto de “sucesión de plantillas” a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada¹¹⁶⁶. Por “entidad” deberá entenderse, en tal caso, un conjunto organizado de personas que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio¹¹⁶⁷. El supuesto de “sucesión de plantillas” igualmente podrá producirse en el caso en que la empresa absorbida o alguna de las participantes en el proceso de fusión con creación de una nueva entidad hubiese sido adjudicataria de una contrata, que se mantuviera en vigor en la fecha de la producción de efectos de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas¹¹⁶⁸.

En el supuesto de “sucesión de plantillas” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se redefine el elemento objetivo necesario para que se produzca el fenómeno sucesorio. De esta forma, se limita extraordinariamente y puede llegar incluso a desaparecer el requisito de la “entrega real” de todos los factores esenciales de la empresa capaces de asegurar la continuidad del conjunto de sus elementos, tanto el técnico como el organizativo y patrimonial, o, cuando menos, el traspaso de elementos patrimoniales susceptibles de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional. La desaparición de la necesidad del elemento objetivo es posible en cuanto se trate de un sector de actividad en el que se opere sin elementos significativos de activo material o inmaterial, constituyéndose la mano de obra en elemento esencial. En estos supuestos bastará con que la sociedad absorbente o de nueva creación se haga cargo de una parte esencial de los trabajadores, en términos de número y calidad, cualquiera que sea la naturaleza o modalidad de los contratos de trabajo, y esa asunción de personal laboral.

De tal manera que a la luz de la jurisprudencia del TJUE¹¹⁶⁹ también se engloban en el supuesto de sucesión de empresa tipificado en el artículo 44 ET, los casos de fusión de una empresa en cuya ejecución el elemento trascendental lo constituyen los trabajadores que lo desempeñan, siempre que la empresa absorbente o de nueva creación esté obligada a asumirlos en su totalidad o en su parte esencial, sea por convenio colectivo aplicable o por cualquier otra circunstancia incluida la libérrima decisión de la sociedad absorbente o de nueva creación, aunque no lleve aparejada transmisión de los elementos patrimoniales precisos para su ejecución, pues entonces concurrirá el requisito de “identidad” de la entidad económica transmitida¹¹⁷⁰.

Ha de repararse en que, en principio, el concepto de entidad remite a un “conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”¹¹⁷¹. No obstante, la circunstancia de que dicha entidad deba ser

suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, estos elementos se reducen a menudo, a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción.

Esto es, en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad¹¹⁷².

No hay discrepancia entre la “sucesión” establecida en el artículo 14.4 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, y el “traspaso” o “sucesión” de empresa, consecuencia de una “fusión”, regulado en la Directiva 2001/23. Mediante la previsión contenida en el artículo 14.4 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, se produce una aplicación concreta, para cuando se produce una fusión transfronteriza de sociedades anónimas, de la Directiva 2001/23. La circunstancia de que la exigencia de la transmisión haya de ser, del conjunto de medios organizados con los que se lleve a cabo una determinada actividad económica, *“lo que excluye la concurrencia del supuesto si únicamente lo es de una parte de esos medios, salvo que los no asumidos sean elementos accesorios para su desarrollo”*¹¹⁷³, pero opera en los casos de actividades económicas en las que los medios patrimoniales carecen de relevancia, siendo lo esencial, los medios humanos, bastando con que el nuevo titular la lleve a cabo con el núcleo esencial de la plantilla del titular anterior, bien por obligación convencional¹¹⁷⁴ o por mera asunción voluntaria de sus trabajadores.

8.4.2.3.1.5.5. La relativa uniformidad entre “sucesión patrimonial” y “sucesión de empresa” en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

La “sucesión universal”, a que aluden tanto la Directiva 2011/35/UE, relativa a las fusiones de sociedades anónimas como la LME, conlleva o implica “sucesión empresarial”, según se deduce de las Directivas 2001/23 y 2005/56, que se impone, *“expresis verbis”*, con identidad de redacción¹¹⁷⁵ en el artículo 44¹¹⁷⁶ del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹¹⁷⁷.

La “sucesión universal” y la “sucesión empresarial” o “sucesión de empresa” se aúnan en la Directiva de Fusiones Transfronterizas, la cual establece con precisión y claridad, en sus artículos 2.2 y 14.4, que la fusión:

- (i) produce la transferencia de “*la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo*” a la sociedad absorbente, a la sociedad de nueva creación o a la sociedad que posee la totalidad de los títulos o participaciones representativos de su capital social (sucesión universal);
- (ii) “*los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza se transferirán, en razón de este hecho, a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto*” (sucesión de empresa).

Esta previsión es coherente con la previsión contenida en la Directiva 2001/35, de que el fenómeno sucesorio laboral se produce únicamente cuando se transmite una empresa pero no cuando lo que se transmiten son elementos patrimoniales aislados¹¹⁷⁸.

8.4.2.3.1.5.6. La esencial naturaleza bilateral de contrato de trabajo no impide la sucesión laboral o “sucesión de empresa” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

Conforme a la naturaleza bilateral del contrato de trabajo¹¹⁷⁹, la desaparición de una de las partes¹¹⁸⁰ se configura, como una causa natural extintiva del mismo y de la relación laboral de él nacida, habida cuenta de su carácter de tracto sucesivo y duración en el tiempo.

Los ordenamientos jurídicos en general, y el nuestro en particular, han venido reconociendo expresamente dicha causa extintiva. No obstante, tal evidencia no eximía sino que más bien imponía una manifestación jurídica positiva laboral al respecto, y en ese sentido ya se pronunció el artículo 76.4 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1944¹¹⁸¹. Esto es, aquel pronunciamiento legal se hacía necesario para dejar claro que en el caso de que existieran sujetos que se sucediesen por cualquier título (entre ellos la fusión) en el ejercicio o explotación de la empresa, no se extinguían los contratos de trabajo, sino que el “sucesor” asumía la posición de empleador que el desaparecido había dejado vacante en el contrato de trabajo. Esta sucesión ocurría como consecuencia de una institución jurídica laboral singular y peculiar, la sucesión de empresa y dicho fenómeno sucesorio también ocurre en las fusiones transnacionales de sociedades anónimas, y a la que se refiere, sin denominarla explícitamente “sucesión de empresa”, la Directiva de Fusiones Transfronterizas.

En éste punto conviene indicar que, según la jurisprudencia comunitaria¹¹⁸², “*carece de interés determinar si un trabajador presta sus servicios como obrero, empleado o funcionario, así como si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado. Tales calificaciones jurídicas, en efecto, varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuado a las exigencias del Derecho de la Unión (...). Cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral*”. Pero ese concepto no es permanente ni estable, sufriendo ampliaciones y restricciones cuando nos limitamos a los ordenamientos nacionales, no así cuando se contempla un ordenamiento supranacional, como el de la Unión Europea, donde se da un proceso de constante ampliación. Así “*un miembro de un consejo de dirección de una sociedad de capital, que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para poder ser calificado de “trabajador” en el sentido del Derecho de la Unión (...), si bien un miembro de la dirección de una sociedad de capital dispone de un margen de apreciación en el ejercicio de sus funciones que excede, en particular, el de un trabajador en el sentido del Derecho (...)*”¹¹⁸³, al que el empresario puede ordenarle en concreto, tal como ha indicado el órgano jurisdiccional nacional, las tareas que debe realizar y la manera en que debe realizarlas, no es menos cierto que aquél se halla en una relación de subordinación con respecto a dicha sociedad”¹¹⁸⁴.

Ha de repararse en que ni el contrato de trabajo ni la relación laboral subsecuente siguen, en los supuestos de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, los mismos criterios jurídicos que otros contratos con los que históricamente ha mantenido una íntima vinculación¹¹⁸⁵, como el contrato de arrendamiento de servicios sino que mantiene su propia independencia o individualidad, como indica nuestra Doctrina “*lo que hoy llamamos contrato de trabajo, y en él (Código Civil) se llama arrendamiento de servicios, aparece perfectamente individualizado y separado del arrendamiento de cosas y del arrendamiento de obras*”¹¹⁸⁶. No puede olvidarse que la regulación laboral de la “prestación del trabajo o actividad por cuenta ajena”, está precedida de la regulación por la legislación mercantil de esa misma “prestación del trabajo o actividad por cuenta ajena”, que se anticipó al regular prestaciones de servicios que luego habían de regirse por normas laborales¹¹⁸⁷, y que el mismo proceso ocurrió con relación a los arrendamientos de servicios de “trabajadores asalariados”, regulados en los artículos 1586 y 1587 del Código Civil. “*En el Código de Comercio de 1829 se establece expresamente como “por cuenta ajena” la actuación de factores y mancebos, dictándose reglas precursoras de la ulterior legislación laboral*”¹¹⁸⁸. Por ello, al contrato de trabajo y a la relación laboral no se le aplican los parámetros ordinarios ni se incluyen, sin más, en los efectos consiguientes a la “sucesión universal”. Esta evolución de nuestro ordenamiento jurídico no es sino proyección de la evolución general que puede observarse en el sistema de economía de mercado o capitalista¹¹⁸⁹.

La permanencia de la actividad de empresa de la sociedad anónima presupone el mantenimiento de la prestación del trabajo organizado, que forma parte de la empresa en

sentido objetivo, y que en la actualidad se lleva a efecto mediante contratos de trabajo¹¹⁹⁰, los cuales, debido en buena medida a su esencial contingencia histórica, se extinguen por la desaparición de la contraparte¹¹⁹¹, el empresario. En la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, se produce la extinción de todas las sociedades que participan en la fusión menos una, la absorbente o la sociedad de nueva creación. Pero hay “sucesión patrimonial universal” y “sucesión de empresa”¹¹⁹², que se implican recíprocamente¹¹⁹³.

La transferencia de contratos de trabajo y relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza (y por razón de la fusión), a la sociedad resultante (sociedad absorbente o sociedad de nueva creación) en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto, es esencial para que se produzca el efecto de “continuidad económica” a que nos venimos refiriendo, que esta enunciado, pero no específicamente regulado, en la Directiva de Fusiones Transfronterizas.

La Directiva 2001/23/CE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, al establecer en su artículo 3.1 que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso” (artículo 3.1), delimita su campo de aplicación aludiendo a la “continuidad económica” (la “continuidad en el tiempo” es característica de la relación laboral¹¹⁹⁴) como “traspaso de empresa” a otro empresario como resultado de una “fusión” (artículo 1)¹¹⁹⁵.

No son razones compasivas sino estrictamente económicas, de subsistencia del sistema de economía de mercado o sistema capitalista, las que requieren del mantenimiento de los principales agentes económicos, las empresas, para subsistir y desarrollarse, las que exigen la continuidad o mantenimiento de los contratos de trabajo y relaciones laborales de las empresas que se fusionan. Es ejemplar al respecto, que la “sucesión de empresa”, se contemple específicamente en la regulación de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, abarcando al personal de alta dirección¹¹⁹⁶, y sus golden parachutes¹¹⁹⁷.

Las circunstancias aludidas se refuerzan por la circunstancia del desarrollo de las relaciones industriales y la evolución misma de la idea de la empresa hacia marcos participativos, en los que se insiste en el fenómeno sucesorio empresarial propio de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Esas razones, además de la protección a los trabajadores asalariados, pueden presumirse en la previsión contenida en el artículo 31.11ª de la LME, según el cual constituye exigencia imperativa que el proyecto de fusión contemplen “las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, (...) y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa,” que “no puede quedar en un mero pronunciamiento programático o de estilo”¹¹⁹⁸.

8.4.2.3.1.5.7. La transmisión de la posición de empleador, su extensión y consecuencias respecto de cada contrato de trabajo y relación laboral, a la sociedad (empresa) absorbente o a la sociedad (empresa) de nueva creación, en la fecha de efectos la fusión (transmisión) transfronteriza de sociedades anónimas.

La transmisión de la posición de empleador, respecto de cada contrato de trabajo y relación laboral derivada del mismo, a la sociedad (empresa) absorbente o a la sociedad (empresa) de nueva creación, es incondicionada y opera “*ope legis*”¹¹⁹⁹ en la fecha de efectos la fusión (transmisión)¹²⁰⁰, en cuanto que necesidad de la “continuidad económica”. Al extremo que “*los trabajadores afectados no pueden renunciar a los derechos que la Directiva (2001/23/CE) les reconoce*”, sin que quepa “*admitir una disminución de estos derechos, ni siquiera con el consentimiento de los trabajadores*”¹²⁰¹, bien que ello no determine que los trabajadores procedentes de la empresa absorbida, asumidos por la empresa absorbente, y los de ésta hayan de percibir los mismos salarios inmediatamente después de la fusión¹²⁰², ni que no puedan desistir de sus contratos de trabajo¹²⁰³.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece con claridad los efectos de los “traspasos o fusiones de empresas”. Doctrina aplicable a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, y que puede enunciarse en los siguientes términos¹²⁰⁴:

- (i) La norma ejemplar del Derecho Comunitario (Directiva 2005/56 y, por remisión, la Directiva 2001/23) establece la norma de principio según la cual el cesionario (sociedad absorbente o de nueva creación) se subroga en los derechos y obligaciones resultantes del contrato de trabajo o de la relación laboral existente entre el trabajador y el cedente (empresa(s) absorbida(s) o participante(s) en la fusión) en la fecha de la transmisión de la empresa (fecha de efectos de la fusión). Tal como se desprende del tenor literal y de la estructura del artículo 3 de esta Directiva (2001/23), la transmisión al cesionario de las cargas que, en el momento de la transmisión de la empresa, incumben al cedente (empresa(s) absorbida(s) o participante(s) en la fusión) debido a la circunstancia de que emplea trabajadores, comprende la totalidad de los derechos de estos últimos en la medida en que no se les aplique una excepción expresamente prevista por la misma Directiva¹²⁰⁵.

Por consiguiente, forman parte integrante de esas cargas no sólo los salarios y otras retribuciones que se deban a los trabajadores de la empresa de que se trate, sino también las cotizaciones al régimen legal de seguridad social correspondientes al cedente, puesto que tal carga resulta de los contratos o de las relaciones laborales que vinculan a este último. En efecto, como se desprende asimismo del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2001/23, un contrato de trabajo o una relación laboral implican, según dicha Directiva,

*“una relación jurídica entre empresarios y trabajadores que tiene por objeto regular las condiciones de trabajo”*¹²⁰⁶.

- (ii) Conforme al artículo 5, apartado 1, de la misma Directiva, esta norma de principio no es aplicable en el caso de que, (...), el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia y se halle bajo la supervisión de una autoridad pública competente del Estado miembro de que se trate. En efecto, en tal caso, el pago de los créditos resultantes de la relación de los trabajadores con el empresario en caso de insolvencia queda garantizado a estos últimos en virtud de la Directiva 80/987¹²⁰⁷. No obstante esta excepción enunciada por la Directiva 2001/23, el artículo 5, apartado 1(...) indica que ésta faculta a cada Estado miembro a aplicar en particular el artículo 3 (que enuncia el principio general subrogatorio) de la mencionada Directiva a una transmisión de empresa en el marco de un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente (empresa(s) absorbida(s) o participante(s) en la fusión)¹²⁰⁸.
- (iii) Si bien las normas protectoras establecidas por dicha Directiva, (...), son imperativas, sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas por ella, procede señalar que el artículo 8 de la referida Directiva dispone que ésta no afecta a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar un régimen más favorable para los trabajadores (...). En efecto, esta manera de proceder es conforme con el objetivo perseguido por la misma Directiva, (...). Así, un Estado miembro no queda privado de la facultad de aplicar el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, aun en el supuesto de que un operador adquiriera una empresa en situación de insolvencia.
- (iv) Tanto del tenor literal de la Directiva 2001/23 como del régimen que ésta establece resulta que, aparte de la obligación impuesta a los Estados miembros de proteger los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento de la transmisión, en lo que se refiere a las prestaciones mencionadas en el artículo 3, apartado 4, letra b), de dicha Directiva, el legislador de la Unión no ha previsto normas en relación con las cargas del cedente derivadas de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido en la fecha en que tiene lugar la transmisión. No obstante, por las mismas razones que las enunciadas (...), nada impide a un Estado miembro disponer la transmisión de tales cargas al cesionario¹²⁰⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico La LME se ocupa directamente de los efectos laborales de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, mediante su Disposición adicional primera.2, que titula “*Derechos laborales derivados de modificaciones estructurales*”, en la que se establece que “*en el supuesto de que las modificaciones estructurales reguladas en esta Ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva*

autónoma, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo". Que es tanto como decir que será aplicable la Directiva 2001/23.

Esa remisión no puede considerarse un "incumplimiento normativo" derivado de una "incorporación incompleta o defectuosa" del contenido de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, con las consecuencias inherentes a esa infracción¹²¹⁰, pues el artículo 44 ET está adaptado a las exigencias de la Directiva 2001/23, de tal manera que no puede aludirse a que la Directiva 2005/56 posea un efecto directo vertical¹²¹¹ por expirado el plazo de transposición, y no haberse incorporado al previsión específica contenida en su artículo 14.4.

Por otra parte, no puede olvidarse¹²¹² que la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una Directiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro. Dicha posibilidad existe a condición de: (i) que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva, (ii) que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente precisa y clara; (iii) que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales¹²¹³. Circunstancias que parecen que suceden cuando nuestro Derecho es el aplicable.

En definitiva, *"la Directiva (2001/23/CE) es, pues, aplicable desde el momento en que, como consecuencia de una (...) fusión, se produce un cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa y que, como tal, contrae las obligaciones de empresario frente a los trabajadores de la empresa, independientemente de que se transfiera la propiedad de la empresa"*¹²¹⁴ y, consiguientemente, *"los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza se transferirán, en razón de este hecho, a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto"*, afirma el artículo 14.4 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, a cuyo tenor parece que las obligaciones y los derechos derivados de los contratos de trabajo y las relaciones laborales vinculadas a la actividad de empresa que aquellas desarrollan "deambulan" o se trasladan al sucesor, por razón de la fusión misma.

La determinación de la fecha de efectos de la fusión (transmisión) hace que afecte a *"los trabajadores adscritos a la empresa transmitida cuyo contrato o relación laboral están en vigor en la fecha de (la transmisión), a diferencia de los que ya no trabajaban para el cedente en dicha fecha así como de los que fueron contratados por el cesionario después de dicha fecha"*¹²¹⁵.

La "sucesión" afecta a los trabajadores "pertenecientes" a la entidad en el momento de la fusión¹²¹⁶, no se produce "efecto Lázaro"¹²¹⁷ alguno. El efecto "no "resurreccional de los contratos de trabajo"¹²¹⁸, se explica por la no necesidad de los mismos para la continuidad económica de la empresa. No por razones de estricta justicia o de equidad. Precisamente la Directiva 2001/23, admite que las legislaciones nacionales con motivo de la

adaptación de aquellos a su contenido establezcan ese efecto resurreccional de los contratos de trabajo, que puede ser demandado por razones de estricta justicia o equidad.

Efectivamente, porque no afecta a la continuidad económica de la empresa, la sucesión de empresa inherente a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas “*no incluye la resurrección de contratos de trabajo extinguidos con anterioridad a la transmisión, pero debe precisarse que se refiere a los casos en que la extinción sea ya definitiva en tal momento o acabe consolidándose con posterioridad por fracasar su impugnación*”¹²¹⁹. Bien entendido que la relación entre contrato de trabajo y relación laboral no es siempre consecencial o de subsidiariedad, así sucede en los “grupos patológicos de empresas”¹²²⁰, pues, a efectos laborales, el reconocimiento de existencia del grupo de empresas debe apoyarse en datos específicos, siendo calificado quien organiza y recibe efectivamente la prestación de servicios, admitiendo que las medidas políticas económicas de colaboración no comportan que varias empresas necesariamente pierdan su independencia, y deban ser constituidas como una unidad. Por el contrario si se trata de configuraciones artificiales de empresas aparentes en sustrato real para eludir sus responsabilidades laborales, estaríamos de forma evidente ante una problemática de identificación del empleador correspondiente a éste o éstos, la responsabilidad a los efectos laborales, debiendo concurrir una serie de requisitos para que exista tal grupo empresarial, ya que de no concurrir de forma suficiente y relevante cualquiera de los que son elementales, no cabría hablar de una responsabilidad solidaria, ni podría conformar un grupo por el solo hecho, por ejemplo, de estar ligadas por vínculos de dirección, de organización o de participación accionarial, que podrían ser frecuentes en la realidad socioeconómica actual y en las exigencias de estrategias de mercados, que originan situaciones temporales o puntuales de agrupaciones de empresas que por ello no pierden su personalidad jurídica propia y que es independiente de las demás que integran o conforman un grupo¹²²¹. Ni en el caso en que quepa diferenciar entre empresario o empleador “contractual” y empresario o empleador “no contractual”. Si dentro de un grupo de sociedades coexisten dos empresarios, uno que tiene vínculos contractuales con los trabajadores de dicho grupo y otro que tiene vínculos no contractuales con ellos, puede también considerarse “cedente”, en el sentido de la Directiva 2001/23, el empresario responsable de la actividad económica de la entidad transferida, que, en tal calidad, establece relaciones laborales con los trabajadores de dicha entidad, y ello a pesar de la falta de vínculos contractuales con dichos trabajadores¹²²².

Cabe precisar que el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, se regulo en la Unión Europea mediante la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, de 1977¹²²³. Esta norma tuvo una larga vigencia, hasta que fue modificada “de forma sustancial”, por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998. Aquella normativa comunitaria, con el transcurso del tiempo, mostró sus limitaciones e insuficiencias, provocando una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en ocasiones, insegura, fluctuante e incluso contradictoria¹²²⁴. Por ello, no tardó en apreciarse la necesidad, “en aras de una mayor racionalidad y claridad”, de proceder a la codificación y armonización de la mencionada normativa, aprobándose la Directiva

2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, que si bien no ha solucionado toda la problemática que con la anterior regulación se puso de manifiesto (por ejemplo, respecto del concepto de “trabajador”¹²²⁵), y si bien continúan planteándose dudas sobre la idea misma de “traspaso”¹²²⁶, ninguna cabe en relación con las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

Aun cuando ya hemos aludido a ello, es preciso insistir, dada su importancia, que para delimitar la extensión de la subrogación laboral en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, resulta de aplicación la previsión sucesoria laboral de la Directiva 2005/56 que remite a la Directiva 2001/23,¹²²⁷ y al artículo 44¹²²⁸ del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Sin perjuicio de que pudiera verse un reflejo de la misma Directiva en las sucesiones convencionales o establecidas mediante convenio colectivo, sin que se cumplan rigurosamente los requisitos establecidos en la norma comunitaria¹²²⁹. Lo cual supone que la “sucesión laboral” se puede producir aun cuando no se hayan cumplimentado todos y cada uno de los requisitos que se establecen o son deducibles aquella Directiva 2001/23 y en lo pertinente, cuando sea aplicable nuestra legislación nacional, del artículo 44 ET¹²³⁰, al haberse dado cabida a la “sucesión laboral o de empresa convencional” (mediante pacto o convenio colectivo).

Puede concluirse con seguridad, por todo lo anterior, que las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas producen “sucesiones laborales”¹²³¹. No obstante a lo expuesto han de añadirse las siguientes precisiones:

- (i) La continuidad de la entidad resultante de la fusión (absorbente o de nueva constitución) en posición de empleador en las relaciones laborales de las sociedades que se extinguen como consecuencia de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, se produce siempre como consecuencia de la fusión. No obstante los demás efectos laborales, más allá de la continuidad estricta de la relación laboral individual de cada uno de los trabajadores de las sociedades que se extinguen como consecuencia de la fusión, enunciados por la Directiva 2001/23, como determinados derechos colectivos, en materia de compromisos de pensiones, etc., dependerá de que se dan las circunstancias enunciada en ésta última norma y, en su caso de la legislación nacional aplicable. En nuestro ordenamiento jurídico la cuestión se resuelve mediante una remisión al ordenamiento laboral general según establece la Disposición Adicional Primera (titulada “*Derechos laborales derivados de modificaciones estructurales*”) de la LME¹²³².
- (ii) En cuanto a los Derechos de participación en la empresa, la Directiva de Fusiones Transfronterizas se remite a las legislaciones nacionales aplicables (“*la sociedad resultante de la fusión transfronteriza estará sujeta a las normas relativas a la participación de los trabajadores vigentes en el Estado miembro en que se encuentre su domicilio social*”, artículo 16.1), si bien con una compleja regulación, para

cuando aquella legislación determine la gestión en régimen de participación de los trabajadores con arreglo al artículo 2, letra k), de la Directiva 2001/86/CE (artículo 16.2)¹²³³

- (iii) Cuando la sociedad resultante no tenga nacionalidad ni se le aplique una de las legislaciones de algún Estado miembro de la Unión Europea, no procederá la toma en consideración de la aplicabilidad de la Directiva 2001/23/CE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, pero sí parece que habrá de producirse la sucesión en los contratos de trabajo y relaciones laborales por la aplicación analógica del artículo 14.4 de la Directiva 2005/56, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital lo que el final lleva a la aplicabilidad de la Directiva 2001/23.

8.4.2.3.1.5.8. La extinción de los contratos de trabajo y relaciones laborales, derivada indirecta o mediatamente de una fusión transfronteriza de sociedades anónimas, no contradice la continuidad económica de la fusión ni la operabilidad de la “sucesión de empresa”.

La circunstancia de que las fusiones transfronterizas vayan normalmente acompañadas de despidos colectivos¹²³⁴ u objetivos¹²³⁵, o incluso disciplinarios, que suponen la extinción de los contratos de trabajo¹²³⁶, o de otras consecuencias laborales¹²³⁷, son coherentes con *“el contexto económico actual, donde el paradigma empresarial se identifica con la empresa flexible y en permanente proceso de reestructuración, cuya finalidad principal es fomentar su máxima productividad y eficiencia, así como acomodarse a los requerimientos de la demanda”*¹²³⁸, y que son comunes a la mayoría de los procesos de reestructuración¹²³⁹, en absoluto se oponen ni contradicen el fenómeno sucesorio laboral sino que más bien lo confirman, y se adecuan a la previsión legislativa contenida en nuestro derecho interno, artículos 31.11^a y 42.2 de la LME¹²⁴⁰, constituyendo, a la postre, una consecuencia más de la “financiarización” global¹²⁴¹.

Efectivamente, una fusión transfronteriza de sociedades anónimas normalmente conllevará consecuencias en la empresa absorbente o de nueva creación respecto del factor trabajo o empleo, en relación con la continuidad de la actividad de empresa, que se pueden enunciar bajo el amplio título de “motivos económicos”, bien entendido que el *“mero hecho de la fusión empresarial, por sí misma, no comporta la concurrencia de las causas organizativas y productivas (...), por cuanto es necesario que se acredite la incidencia de las mismas sobre el volumen de empleo empresarial”*¹²⁴² para justificar un despido colectivo o despidos objetivos. No obstante, normalmente cualquier fenómeno de reestructuración de organizaciones empresariales produce efectos en el empleo necesarios para la prosperabilidad de la organización

empresarial resultante, conllevando transitoriamente consecuencias económicas que, desde la perspectiva de la ocupación laboral o del empleo, se consideraran negativas, en tanto que justificativas de despidos colectivos u objetivos¹²⁴³, que habrá de acreditarse en todo caso conforme a la legalidad nacional aplicable, de despidos denominados colectivos u objetivos¹²⁴⁴.

En todo caso, desde la óptica de las normas internacionales, para la validez de la extinción del contrato de trabajo por necesidades de funcionamiento de la empresa, en la que se integran tanto el despido colectivo como el despido por causas objetivas de tipo económico, técnico, organizativo o de producción, el Convenio 158 de la OIT, a cuyas disposiciones deben dar efecto las legislaciones nacionales, no solo requiere la concurrencia de la causa, sino que además exige que esa causa sea justificada, (artículo 4), y, tal y como dispone su artículo. 9, apartados 1. y 3, al extremo que el control judicial, que en su caso pueda efectuarse de tales extinciones contractuales, debe comprender el examen de las causas invocadas para justificar la terminación de la(s) relación(es) de trabajo y de todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, conteniendo el correspondiente pronunciamiento sobre si la medida extintiva es justificada, lo que impide que la normativa aplicable pueda prescindir del elemento de la justificación, proporcionalidad y suficiencia de la causa, reduciendo el ámbito del control judicial a la constatación de los hechos que la configuran¹²⁴⁵.

8.4.2.4. “Continuidad de la condición y equivalencia de la posición de socio”, o reconocimiento del derecho a su “contrapartida”, con “derecho de separación”, en su caso, del socio disidente.

La circunstancia de que la condición y la posición del socio o accionista de las sociedades anónimas que se fusionan, se incorpore a la sociedad absorbente o a la sociedad de nueva constitución resultado de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas¹²⁴⁶, ha de combinarse con el reconocimiento del derecho a su “contrapartida”. No es mera consecuencia de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas la continuidad de la posición de socio que se ostentaba en la sociedad absorbida o extinguida, en la sociedad absorbente o de nueva creación, sino que se corresponde con la idea del socio-partícipe. Pero esa idea ha de compatibilizarse con la idea del socio-inversionista, advenediza desde el punto de vista histórico, pero tan legítima como la anterior desde el análisis racional y estructural de las corporaciones.

No es que la fusión transfronteriza de sociedades anónimas se adecúe a una tipología, generalmente aceptada, de sociedades anónimas “cerradas” (“close corporations”, “private companies”) y “abiertas” (“public corporations”, “public companies”)¹²⁴⁷, siendo predominantes los tipos de accionistas en una y otra los antes indicados (socio-partícipe vs. socio-inversionista) con sus diferentes intereses, sino que puede observarse un rápida evolución en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas hacia los intereses

propios del accionista-inversor, siendo el derecho de separación, tímidamente reconocido en nuestro ordenamiento en estas fusiones, una referencia expresiva, que se adecua a la idea de que “*la corporación es primordialmente un método para la solución de problemas afrontados en la reunión de cantidades sustanciales de capital*”¹²⁴⁸.

Efectivamente, “*son los cambios del mercado y de la tecnología los que hacen precisa la articulación diversa de la gran sociedad anónima (...). El crecimiento sostenido de la gran sociedad la obliga a un fortalecimiento de los medios de organización y financieros que garanticen su supervivencia en un mercado cada vez más amplio y competitivo. De lo que resulta, (...), que junto a la creación de una dirección de la sociedad (o del grupo de sociedades) cada vez con mayor poder de decisión, que exige la existencia de equipos ejecutivos especializados y bien coordinados, surge un masa ingente de accionistas, cuya participación en la vida social prácticamente desaparece*”¹²⁴⁹.

La existencia de una multitud de accionistas, es determinante de la aparición de nuevas regulaciones en el derecho de sociedades anónimas, “*cuyas acciones están dispersas en una masa de inversores*”¹²⁵⁰, y de la creación del derecho del mercado de valores. Efectivamente, los accionistas-socios por su desinterés en participar en la vida de la sociedad se han transformado en accionistas-inversores, circunstancia que se va a tener un desigual reflejo en el régimen de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, según se contemplen en el sistema jurídico norteamericano o en el sistema jurídico europeo¹²⁵¹.

8.4.2.4.1. Los fundamentos.

Existen sólidos argumentos para sustentar que los socios de las sociedades anónimas que se extinguen en el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, han de pasar a ser socios de la sociedad resultante de la fusión¹²⁵², la sociedad absorbente o la de nueva creación.

Igualmente de contundentes son los argumentos que se pueden aducir para sostener que el accionista tiene derecho a obtener, de la sociedad resultante de la fusión, la sociedad absorbente o la de nueva creación, la “contrapartida” de su posición inversora.

Cada una de las posiciones anteriores esconde “*una determinada concepción jurídica y económica de la institución*”¹²⁵³. Consideradas independientemente, ambas gozan de “irrefutabilidad”. Pero han de considerarse alternativamente, pues tratadas conjuntamente, ya no son “irrefutables”, en cuanto una negaría a la otra, y conducirían a una proposición “falsable”. En una posición pragmática se han procurado conciliar ambas perspectivas, como se desarrolla seguidamente.

8.4.2.4.1.1. Paso de socio o accionista de la sociedad extinguida a socio o accionista de la sociedad absorbente o de nueva creación.

La perspectiva interpretativa tradicional afirma que la incorporación de los socios de las sociedades fusionadas como socios a la sociedad absorbente o de nueva constitución en un proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, es una exigencia “*ex lege*” que “*se materializa a través de la entrega de acciones por parte de la sociedad resultante a los socios de las sociedades extinguidas*”¹²⁵⁴. Se afirma que “*jurídicamente, se concreta la continuidad de las relaciones societarias que presupone la fusión y, económicamente, permite a la institución cumplir en toda su extensión con la fusión a la que responde, pues posibilita la integración absoluta de las empresas que se concentran sin dispersión alguna de recursos económicos*”¹²⁵⁵.

El punto de partida para la continuidad de la condición de socio, no radica solamente en que conceptualmente la fusión pueda verse como “*unificación de patrimonios, negocios o empresas*” y “*unificación de grupos sociales que tienen un soporte humano de importancia decisiva*”¹²⁵⁶, sino en el respeto escrupuloso los “derechos de propiedad” de los partícipes o socios de las sociedades anónimas que se fusionan, elemento clave de los sistemas de economía de mercado¹²⁵⁷.

La continuidad de los accionistas de las sociedades que participan en la fusión en la sociedad resultante de la misma, en cuanto que socios de aquellas sociedades, contribuye a lograr el respeto de sus derechos en la redefinición societaria que se produce mediante la reestructuración que supone la fusión transfronteriza de sociedades anónimas. Por ello, no puede considerarse un mero límite al poder de la mayoría y de los gerentes o administradores, sino una nota característica de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas¹²⁵⁸.

8.4.2.4.1.1.1. Su formulación normativa.

La continuidad de la condición de socio en la sociedad absorbente o de nueva creación, constituye una circunstancia, nota o elemento natural¹²⁵⁹ del fenómeno sucesorio universal que es la fusión, en cuanto que implica continuidad patrimonial¹²⁶⁰. Se trata de un elemento y, al propio tiempo una consecuencia, “normal”¹²⁶¹ o natural, en los procesos de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Además, mediante la continuidad de la condición de socio en la sociedad absorbente o de nueva creación, se respetan los fundamentos y las bases estructurales del sistema societario capitalista, y se evita una expoliación económica. No se concibe como un “límite” sino como un elemento habitual en los procesos de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Por ello se afirma que la continuidad de la condición de socio se produce “normalmente”¹²⁶² a lo que se puede añadir que eso acontece por su “carácter

instrumental”¹²⁶³, respecto de la sucesión universal y extinción de las sociedades que se fusionan (todas o todas menos una). Efectivamente “*de ordinario ocurre así: hay un contraprestación, por el paso del patrimonio, consistente en devenir socio, en la proporción acordada, de la fusionante*”¹²⁶⁴. Consecuentemente, “*no se cambiará ninguna acción de la sociedad absorbente contra las acciones de la sociedad absorbida ostentadas: a) bien sea por la sociedad absorbente misma o por una persona que actúe en su propio nombre pero por cuenta de la sociedad; b) o bien por la sociedad absorbida misma o por una persona que actúe en su propio nombre pero por cuenta de la sociedad*” (artículo 19.2 en relación con el 23 de la Directiva 2011/35)¹²⁶⁵.

La referencia a que la continuidad de la condición de socio y accionistas de las sociedades que se extinguen en la sociedad absorbente o en la de nueva creación, sucede “normalmente”, tiene su fundamento en que “*los propietarios son poseedores de instrumentos clasificados como patrimonio neto*”¹²⁶⁶, pero puede no darse tal continuidad (que no tiene que producirse necesariamente) siempre que no se produzca despojo o expoliación patrimonial de los socios afectados. Efectivamente, según establece el artículo 28.a) y b), de la Directiva 2011/35, relativa a las fusiones de sociedades anónimas “*los accionistas minoritarios de la sociedad absorbida podrán ejercer el derecho de hacer adquirir sus acciones por la sociedad absorbente, en este caso, tendrán derecho a obtener una contrapartida correspondiente al valor de sus acciones*”. Asimismo, las legislaciones nacionales podrán permitir a la sociedad absorbente exigir, “*sin una oferta pública de adquisición previa, que todos los titulares de las participaciones restantes de la sociedad o sociedades a ser absorbidas le vendan dichas participaciones antes de la fusión a un precio justo*” (artículo 28, último apartado de la Directiva 2011/35, relativa a las fusiones de sociedades anónimas).

La continuidad en la condición de socio se produce como consecuencia y en el momento de la extinción de las sociedades absorbidas (disolución sin liquidación, en términos de la Directiva de Fusiones Transfronterizas) que es cuando se produce la transmisión de la totalidad de los patrimonios, activo y pasivo, a la sociedad absorbente o de nueva creación. Esta transmisión se produce “*mediante la atribución a sus socios de títulos representativos del capital social de la otra sociedad y, en su caso, de una compensación en efectivo que no supere el 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de dichos títulos o participaciones*”, (artículo 2.2 a y b, de la Directiva de Fusiones Transfronterizas).

La atribución citada anteriormente no se produce en el supuesto de que la sociedad absorbente posea “*la totalidad de los títulos representativos del capital social*” de la sociedad o sociedades absorbidas (artículo 2.2.c, de la Directiva de Fusiones Transfronterizas). El motivo de ello es que ya se tienen todas las acciones de la sociedad absorbida por la absorbente, por lo que hay continuidad en la condición de accionista, en el sentido de que no se interrumpe esa condición en la sociedad absorbente ni se atribuye, en todo o en parte, a otra persona física o jurídica. En este último supuesto habrán de extinguirse esas acciones, como previene el artículo 26¹²⁶⁷ de la LME y no habrá aumento de capital de la sociedad absorbente, sin perjuicio del incremento del valor de sus acciones¹²⁶⁸.

En igual sentido se pronuncia la PCM que en su artículo 263.3 bajo el título “*Continuidad en la participación*” indica “1. Los socios de las sociedades extinguidas se integrarán en la nueva sociedad o en la sociedad absorbente, recibiendo un número de acciones o participaciones o una cuota, en proporción a su respectiva participación en aquellas sociedades”. Igualmente, al tenor del artículo 263-40 PCM, “*compensación en efectivo*” se indica que “*el hecho de que la legislación de, al menos, uno de los Estados afectados permita que la compensación en efectivo, que forma parte del tipo de canje, supere el diez por ciento del valor nominal o, en su defecto, del valor contable de las acciones o participaciones que se canjeen, no será obstáculo para la realización de una fusión transfronteriza intracomunitaria*”.

8.4.2.4.1.1.2. Modulaciones y excepciones.

La referencia a que la continuidad en la posición de socio se produce “con normalidad” o “normalmente” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, supone que se está aludiendo explícitamente a la existencia de modulaciones y de excepciones a esa norma general que representa la continuidad.

Seguidamente se abordan ambas.

8.4.2.4.1.1.2.1 Modulaciones.

Se afirmaba, en relación con las regulaciones jurídicas históricas¹²⁶⁹, que en la sociedad de nueva constitución o en la sociedad absorbente se mantenían los derechos y deberes que integran la posición de socio. De tal manera que se intercambiaba la posición de socio en sentido formal, pero no la posición de socio en sentido material, por ello, se decía, no podían entregarse como compensación a los socios de las sociedades que se extinguen valores patrimoniales distintos de las acciones, con excepción de los denominados “picos” cuando fuera “conveniente”, y que tampoco los socios de las sociedades que se extinguían, aunque fueran disidentes, podían exigir pagos en metálico, salvo los mencionados “picos” en su caso.

Aquellas compensaciones en metálico por posibles problemas de canje de acciones debido a que las que hayan de atribuirse por título no resulten ser un número entero¹²⁷⁰, se mantienen en la legislación actual, pero siempre que no superen el 10% (artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 2011/35, relativa a las fusiones de sociedades anónimas, artículo 25.2 de la LME, artículos 2.2 a y b, de la Directiva de Fusiones Transfronterizas), bien que se permita que la legislación de un Estado miembro autorice, para una fusión, que la compensación en dinero supere el porcentaje del 10 % (artículo 30 de la Directiva 2011/35, relativa a las fusiones de sociedades anónimas), y que “*cuando la legislación de al menos uno de los Estados miembros afectados permita que la compensación en efectivo, supere el 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de los títulos o participaciones que representen el capital de la sociedad*

resultante de la fusión transfronteriza”, no por ello se elimina la posibilidad de fusión transfronteriza (artículo 3.1 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas).

Con la referencia a la compensación en metálico se pretende igualar o hacer equivalente, en términos económicos, las posiciones que mantenían los socios o accionistas en las sociedades extinguidas y van a mantener en la sociedad absorbente o de nueva creación, en relación con el valor real del patrimonio de la sociedad extinguida, cuando se no consiga mediante el “tipo de canje”. En todo caso se afirma que “*la admisión de la compensación en dinero es una excepción al principio de continuidad y proporcionalidad*”¹²⁷¹. En la Directiva de Fusiones Transfronterizas, artículo 10.3, se establece un procedimiento para compensar a los socios minoritarios sin por ello impedir la inscripción registral de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas¹²⁷². Pero operará de tal manera que sólo se aplicará cuando las demás sociedades participantes en la fusión, situadas en Estados miembros que no lo prevean, acepten explícitamente al aprobar el proyecto de fusión transfronteriza, la posibilidad de que los socios de dicha empresa recurran a tal procedimiento, que se incoará ante el tribunal a cuya jurisdicción esté sometida la empresa que se fusiona, y la decisión a que se llegue en el procedimiento será vinculante para la empresa resultante de la fusión transfronteriza y para todos sus socios.

Con precisión se alude, conjuntamente, a la continuidad de la posición de socio y a la relación de equivalencia, tanto en la Directiva 2011/35, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, como en la Directiva de Fusiones Transfronterizas. Así, según aquellas normas de la Unión Europea, mediante la fusión se produce la transferencia, a la sociedad absorbente o de nueva creación, de la totalidad del patrimonio (activo y pasivo) de las sociedades absorbidas o extinguidas, mediante la atribución (a los socios de las sociedades que se fusionan) de títulos o participaciones representativos del capital social de la otra sociedad y, en su caso o eventualmente, de una compensación en efectivo que no supere el 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de dichos títulos o participaciones. Pero ese porcentaje que opera en las fusiones nacionales como un límite para que la operación pueda ser considerada una fusión¹²⁷³, no lo hace en las fusiones transfronterizas intracomunitarias, sin que exista razón para no admitirlo en las no intracomunitarias si las legislaciones aplicables lo permiten. Efectivamente, “*el hecho de que la legislación de, al menos, uno de los Estados afectados permita que la compensación en efectivo, que forma parte del tipo de canje, supere el diez por ciento del valor nominal o, en su defecto, del valor contable de las acciones o participaciones que se canjeen, no será obstáculo para la realización de una fusión transfronteriza intracomunitaria*” dice el artículo 57 LME¹²⁷⁴. Al final se reconduce a una cuestión de derecho positivo y no de carácter dogmático.

Finalmente, sobre la base de que la igualdad o equivalencia de la posición de socio o accionista, no es una contraprestación del contrato de fusión, sino una característica derivada de la propia naturaleza de la fusión y del trato paritario de los accionistas, se precisa que la continuidad jurídica determina que el canje de acciones no deba afectar a los derechos reales que pudieran gravar las acciones de los socios de las sociedades extinguidas,

de tal manera que si cualquier acción de una de las sociedades extinguidas estaba gravada por algún derecho real, ese mismo derecho deberá gravar la acción o acciones de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad que se entreguen de acuerdo con el tipo de canje establecido¹²⁷⁵, sin perjuicio del cumplimiento de las formalidades exigibles para su constitución.

8.4.2.4.1.1.2.2. Excepciones.

La continuidad de la condición de socio o accionista de las sociedades que se extinguen en la sociedad absorbente o en la de nueva creación, parece que no se desdice por el hecho de que la sociedad absorbente fuera titular directa del noventa por ciento o más, pero no de la totalidad del capital de la sociedad o de las sociedades anónimas que vayan a ser objeto de absorción y pueda ofrecer a los socios de las sociedades absorbidas la adquisición de sus acciones o participaciones sociales (estimadas en su valor razonable), dentro de un plazo determinado (que no podrá ser superior a un mes a contar desde la fecha de la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil), debiendo constar en el proyecto de fusión el valor establecido para la adquisición de las acciones, tal como ocurre en nuestro ordenamiento (artículo 50¹²⁷⁶ LME).

En supuesto señalado anteriormente, los socios que hubieran manifestado su voluntad de transmitir las acciones a la sociedad absorbente, pero que no estuvieran de acuerdo con el valor que para las mismas se hubiera hecho constar en el proyecto de fusión, podrán exigir que sea determinada por un tribunal o por una autoridad administrativa (artículo 28.c, Directiva 2011/35). Según nuestro sistema, aquel socio podrá, a su elección y dentro del plazo de seis meses desde que notificó su voluntad de enajenar sus acciones o participaciones, optar entre solicitar del Registro Mercantil correspondiente al domicilio de la sociedad absorbente la designación de un auditor de cuentas, distinto del de la sociedad, para que determine el valor razonable de sus acciones o bien ejercitar las acciones judiciales correspondientes para exigir que ésta las adquiera por el valor razonable que se fije en el procedimiento¹²⁷⁷.

La excepcionalidad, con que nuestro ordenamiento trata la no incorporación o no continuidad del socio, se pone de manifiesto cuando se advierte que las acciones de los socios de la sociedad absorbida que no fueran adquiridas deberán ser canjeadas por acciones o participaciones propias que la absorbente tuviera en cartera. En otro caso, y siempre que no tenga que celebrarse la junta a solicitud de la minoría, los administradores están autorizados, si así lo prevé el proyecto de fusión, a aumentar el capital en la medida estrictamente necesaria para el canje. Efectivamente, la continuidad de la posición de socio se expresa, con rotundidad, cuando se afirma que “*los socios de las sociedades extinguidas se integrarán en la sociedad resultante de la fusión, recibiendo un número de acciones o participaciones, o una cuota, en proporción a su respectiva participación en aquellas sociedades*”¹²⁷⁸.

No desdice los criterios de continuidad y equivalencia de la posición de socio, los supuestos mediante los que por razón de la fusión se transfiera el conjunto de su patrimonio activo y pasivo a la sociedad que posee la totalidad de los títulos o participaciones representativos de su capital social. En tal caso¹²⁷⁹, no se transmitirán las acciones, por cuanto su valor ya estaba en el patrimonio de la sociedad dominante al 100% sino que en tal supuesto la fusión se hará sin necesidad de “*aumento del capital de la sociedad absorbente*”, excluyéndose, en todo caso, la posibilidad de canje de acciones¹²⁸⁰.

Finalmente, no debe dejar de señalarse que la circunstancia de que en las fusiones transfronterizas se permita la posibilidad de que la compensación en efectivo exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de los títulos o participaciones que representen el capital de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza (en caso de que así lo prevea la legislación de uno de los Estados miembros de las entidades involucrados) plantea una nueva cuestión si dicho exceso llega al 100%, ya que estaríamos ante un supuesto de exclusión de socios más que ante una fusión. Sin embargo, en la medida que aquella compensación no sea impuesta al accionista no parece que debiera excluirse de la fusión transfronteriza.

8.4.2.4.1.1.2.3. El derecho de separación del accionista.

En principio, el derecho de separación del socio, no desdice la continuidad de su posición de socio¹²⁸¹, en la medida en que su ejercicio por el accionista es voluntario y que el accionista mantendrá esa condición hasta el momento en que perciba la contrapartida. Este derecho de separación se reconoce en la Directiva de Fusiones Transfronterizas al contrario de lo que sucede en las fusiones internas de sociedades anónimas¹²⁸².

Efectivamente, con base en el art. 4.2 *in fine* de la Directiva de Fusiones Transfronterizas según la cual “*los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las sociedades participantes en una fusión transfronteriza constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los socios minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión transfronteriza*”, nuestra normativa nacional establece que “*los socios de las sociedades españolas participantes en una fusión transfronteriza intracomunitaria que hubieran votado en contra del acuerdo de una fusión cuya sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capitales*” (artículo 62 LME). Reconocimiento¹²⁸³ que, además, es congruente¹²⁸⁴ con lo dispuesto en el artículo 99 de la misma LME¹²⁸⁵, según el cual “*los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital*”.

El derecho de separación del socio que no ha votado favor del acuerdo de fusión se mantiene en la generalidad de los ordenamientos de nuestro entorno¹²⁸⁶, bien que pueda estar referido a supuestos concretos¹²⁸⁷, y no es completamente ajeno al Derecho de la

Unión¹²⁸⁸. En nuestro sistema se ha entendido que su supresión en las fusiones internas trae causa de una, discutible, prevalencia del interés general¹²⁸⁹, frente al de los socios disidentes o disconformes con la fusión¹²⁹⁰, postulándose otros remedios frente a la disconformidad, que se mantienen respecto de las fusiones transfronterizas, y son además los únicos utilizables en el supuesto en que no se produzca el traslado de domicilio social al extranjero. La aplicación analógica para cuando el traslado transfronterizo, pero no es intracomunitario, parece procedente al darse identidad de razón.

El derecho de separación del accionista conlleva la derogación formal del principio del sometimiento del socio a los acuerdos de la mayoría adoptados en Junta general. La formulación en las legislaciones positivas parece apuntar a su inderogabilidad en cuanto que se vincula a la defensa del accionista y es coherente con el funcionamiento mismo del sistema de economía de mercado en su concepción más purista o liberal. En la medida en que puede ejercitarse desde la adopción del acuerdo por la Junta General de la sociedad participante en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, ha de ponderarse su efectividad preventiva o previa al daño de los intereses del socio que lo ejercita. Es un medio de defensa individual del accionista, no de las minorías.

Manifiesta una cierta raigambre “localista o nacionalista”, en cuanto que reconocido primero¹²⁹¹, desaparecido más tarde en una clara y problemática tendencia restrictiva a su reconocimiento¹²⁹², se mantuvo no obstante para el supuesto del “cambio de domicilio al extranjero”, hasta la LME, que lo vuelve a reconocer para la fusión únicamente si se produce el cambio de domicilio al extranjero. Esa misma impronta localista se manifiesta en el derecho de separación cuando se acuerda el traslado de domicilio de una Sociedad Anónima Europea (*Societas Europaea*) a otro Estado miembro¹²⁹³.

Sin embargo, el derecho de separación no puede minimizarse ni mantenerse su concepción como un mero derecho de reembolso por razones de pérdida de influencia del accionista sino, evolucionado desde sus formulaciones iniciales hacia la desinversión, como el derecho a obtener la “contrapartida” o un “precio justo”. Ciertamente es también que, para las sociedades anónimas cotizadas, la posibilidad de enajenación o venta de las acciones en las Bolsas u otros Mercados de Valores, puede considerarse, al menos, equivalente al derecho de separación del accionista, y por tanto podría hacer innecesario su reconocimiento¹²⁹⁴. Además el derecho de separación en la fusión transfronteriza es congruente con el cambio de domicilio al extranjero¹²⁹⁵, pero no con otras modificaciones estatutarias que pueden concurrir con la fusión, como el cambio “sustancial” del objeto social o prórroga de la sociedad¹²⁹⁶, lo cual no quiere decir que si concurren con la fusión no exista el derecho de separación, que ciertamente se generará, si bien no como consecuencia de la fusión sino de esa otra circunstancia.

Efectivamente, si bien el acuerdo de fusión no puede ocasionar determinados cambios sin embargo sí es cierto que ciertos cambios pueden ocasionarse con ocasión de la fusión, por ejemplo, la aprobación de los estatutos de la nueva sociedad. Por consiguiente siempre que se dé una modificación estatutaria que conlleve derecho de separación,

concurrente con la fusión, habrá derecho de separación de los accionistas, conforme a la regulación para ese supuesto concreto¹²⁹⁷.

En el Derecho norteamericano el “right to dissent and obtain payment for shares” usualmente es denominado “appraisal right” o “appraisal remedy”, que tiene perfiles propios, procurando tutelarse mediante el mismo los intereses de los socios minoritarios y mayoritarios. Este derecho se atribuye a los socios disidentes de la sociedad absorbida existiendo obligaciones informativas tanto por parte de los socios como de la sociedad. En este supuesto, la sociedad estaría obligada a entregar a los accionistas que hubieran ejercitado el derecho, el precio de las acciones valoradas a su “fair value”, como se indica más adelante. En este sentido, aun cuando existe una importante doctrina jurisprudencial norteamericana sobre el “fair value”, también podría acudir a la NIIF 13 para el cálculo del “fair value”, así como al Plan General de Contabilidad. Primera Parte, Marco Conceptual de la Contabilidad, Norma 6º Criterio de valoración.2, que desarrolla aquel concepto¹²⁹⁸.

La Directiva 2011/35, 5 de abril de 2011, por la que se aprueba el texto codificado relativo a las fusiones de las sociedades anónimas no se manifiesta explícitamente y con esa denominación al derecho de separación del accionista, lo que ha propiciado el mantenimiento de posiciones doctrinales contrapuestas¹²⁹⁹. No obstante son varias las circunstancias que permiten considerar existente el derecho de separación del socio en el Derecho de Sociedades la Unión Europea. Abunda en esa posibilidad la existencia del derecho de los accionistas minoritarios a exigir la compra de sus acciones en los siguientes términos¹³⁰⁰: “a) los accionistas minoritarios de la sociedad absorbida podrán ejercer el derecho de hacer adquirir sus acciones por la sociedad absorbente; b) en este caso, tendrán derecho a obtener una contrapartida correspondiente al valor de sus acciones; c) en caso de desacuerdo sobre esta contrapartida, esta deberá poder ser determinada por un tribunal o por una autoridad administrativa designada a tal efecto por el Estado miembro”. Este derecho de hacer adquirir sus acciones de los accionistas minoritarios se verificará siempre que se “lleve a cabo una fusión por absorción una sociedad que sea titular del 90 % o más, pero no de la totalidad, de las acciones y demás títulos que confieran derecho a voto en la junta general de la sociedad o sociedades absorbidas”, y no se exija su aprobación por la Junta General porque concurren determinadas condiciones¹³⁰¹.

La Directiva de Fusiones Transfronterizas puede ser interpretada en el sentido de reconocer el derecho de separación de los socios, como ha hecho nuestra legislación, bien que con el apoyo o la concurrencia del hecho del cambio de domicilio al extranjero. No obstante, esta exigencia podría relativizarse con base la ciudadanía europea que impediría la exigencia de extrañamiento o extranjerización. Esa interpretación puede sostenerse desde la propuesta de convención diplomática, que admitía sin mayores exigencias el derecho de separación y reembolso aportaciones de los accionistas de las sociedades participantes en la fusión o la compra de sus títulos¹³⁰² así como con apoyo en los primeros borradores del Proyecto de Convención sobre la Fusión Internacional de Sociedades Anónimas presentado en 1972¹³⁰³, en los que se admitía que los accionistas que hubieran votado en

contra de la fusión pudieran optar por la separación con el reembolso del valor de sus títulos. Esta previsión no pasó al Proyecto de Tratado sobre la Fusión Internacional de Sociedades por Acciones de 1973, finalmente abandonado, pero cuyas principales soluciones se incorporaron a la Directiva de Fusiones Transfronterizas.

8.4.2.4.1.1.3. La continuación de la condición de accionista o socio en la sociedad absorbente o de nueva creación, según las normas ejemplares.

El criterio general en la regulación ha venido siendo que la fusión en cualquiera de sus clases supone que los socios de las sociedades que se extinguen mantengan la continuidad de su posición de socio en la sociedad absorbente o en la que se constituya, integrándose en ella, atribuyéndoseles un número de acciones proporcional a su participación en las sociedades que se extinguen¹³⁰⁴.

La “continuidad en la participación”¹³⁰⁵ tiene carácter esencial en las fusiones transfronterizas de sociedades de anónimas, al ser determinante de que el accionista mantenga precisamente esa condición en la sociedad “sucesora” gracias a la “relación de canje”¹³⁰⁶ y además de que mantenga también su valor patrimonial -en proporción a la participación detentada en la sociedad extinguida a causa de la fusión. Todo ello porque se supone que ni el fenómeno de “ser socio” ni la “participación patrimonial” se altera por el vínculo abstracto que construye la “sucesión” societaria.

La normativa europea recoge específicamente la continuidad en la participación. Así, el artículo 14.1. b) y 2.b) de la Directiva de Fusiones Transfronterizas precisa que “*los socios de las sociedades que se fusionen se convertirán en socios de la nueva sociedad*”. En igual sentido, el artículo 29.1.b y 2.b, del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 indica que “*los accionistas de la sociedad absorbida se convertirán en accionistas de la sociedad absorbente*” o “*los accionistas de las sociedades que se fusionen se convertirán en accionistas de la nueva SE*”. A su vez, el artículo 19.1. b) de la Directiva 2011/35 señala que la fusión produce, “*ipso iure*”, el efecto de que “*los accionistas de la sociedad absorbida se convertirán en accionistas de la sociedad absorbente*”, simultáneamente con “*la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como con respecto a terceros, de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente*” (artículo 19.1.a) y con el hecho de que “*la sociedad absorbida dejará de existir*” (artículo 19.1.c).

Por las mismas razones y de la misma manera, indica la MBCA, en su Sección 11.07 (8): “(a) Cuando una fusión deviene efectiva, (...) (8), las acciones de cada corporación que sea parte de la fusión (...) que vayan a ser canjeadas conforme al Proyecto de Fusión en acciones (...) son canjeadas y los anteriores tenedores de tales acciones (...) tienen únicamente derecho a los derechos previstos en el Proyecto de Fusión”¹³⁰⁷. También lo establece la Sección 252 (b) de la Delaware GCL que indica “todas las corporaciones intervinientes suscribirán un acuerdo de fusión o consolidación. El acuerdo recogerá: “(1) los términos y condiciones de la fusión o consolidación; (2) el modo de llevar la

*misma a cabo; (3) la manera, en su caso, de canjear las acciones de cada entidad participante en acciones de la corporación superviviente o resultante de la fusión o consolidación (...)*¹³⁰⁸;

En igual sentido se pronuncian la LME indicando en su artículo 24.1 de la Ley 3/2009 afirma que “*los socios de las sociedades extinguidas se integrarán en la sociedad resultante de la fusión, recibiendo un número de acciones o participaciones, o una cuota, en proporción a su respectiva participación en aquellas sociedades*” y el artículo 263.3.1 de la Propuesta de Código Mercantil (PCM), al establecer que “*los socios de las sociedades extinguidas se integrarán en la nueva sociedad o en la sociedad absorbente, recibiendo un número de acciones o participaciones o una cuota, en proporción a su respectiva participación en aquellas sociedades*”.

8.4.2.4.1.2. Los efectos de “dilución y refuerzo de la participación del socio”.

La integración de los socios de las sociedades que participan en la fusión y se extinguen en la sociedad resultante de la fusión, supone una “reasignación de recursos” que provoca un cambio en las posiciones relativas y las relaciones de poder societario. Al extremo de haberse indicado que “*es susceptible de originar para los socios un efecto equivalente al del aumento de capital sin derecho de suscripción preferente*”¹³⁰⁹. Su transcendencia en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, no admite duda.

Es indicio de ese posible efecto asociado a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, la admisión, en la Directiva de Fusiones Transfronterizas de una compensación en efectivo superior el 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de los títulos o participaciones que representen el capital de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza (artículo 3.1), siempre que la legislación de al menos uno de los Estados miembros afectados lo permita.

El mero hecho de que el capital de la sociedad resultante haya de repartirse entre un accionariado más amplio al que conformaba cada una de las sociedades participantes en el proceso de fusión, es suficiente para poder provocar una dilución de la posición de socio y del correlativo poder societario. Todo ello sin perjuicio de los problemas de “valoración de empresas” que también pueden incidir en esa problemática.

El “efecto dilución”, en principio, afectará a todos los accionistas (si la fusión es por absorción abarcará a los accionistas de las sociedades absorbidas y de la sociedad absorbente y, si lo es por constitución de una nueva sociedad, a todos los accionistas de las sociedades participantes en el proceso de fusión), pero ello no quiere decir que haya de afectar de manera uniforme a todos ellos sino que podrá afectar a unos accionistas más que a otros en función de las clases de acciones que detenten.

En todo caso, el “efecto dilución” constituye, por tanto, un límite a la regla de la continuidad del socio en la sociedad absorbente o de nueva creación, a resultas de la fusión. De tal manera que puede afirmarse que la dilución de la posición relativa de socio

constituye, en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, una consecuencia típica, en cuanto que normalmente se produce por asociarse íntimamente al efecto reestructurador que entraña la fusión.

Sin perjuicio de lo anterior, puede cuestionarse si el “efecto dilución” ha de afectar a “*todos los socios de todas las sociedades*”¹³¹⁰, ya que si se produce, en la medida que las masas patrimoniales integradas en la sociedad resultante o absorbente permanecen inalteradas, es posible que algunos accionistas vean reforzada o debilitada sus respectivas posiciones societarias.

8.4.2.4.1.3. Sustitución o complementariedad de la continuidad de la condición de socio, por el “reconocimiento del derecho a su “contrapartida”.

La continuidad de la condición de accionista en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas no se manifiesta como necesaria ni como deseable para el accionista-inversor. No se trata de una expulsión del accionista por la mayoría, por más que pueda aludirse a la existencia de “*una base razonable para que una mayoría desee eliminar a la minoría*”¹³¹¹. Se trata también de meditar la oportunidad de la desinversión para el accionista-inversor.

Ciertamente no se trata de una alternativa rígida entre continuar como socio o abandonar esta posición societaria a cambio de percibir la contrapartida. Por ello indica la MBCA que el Proyecto de Fusión o “plan of merger” debe contener “(3) *la manera y las bases de conversión de las acciones de cada corporación mercantil nacional o extranjera fusionándose en acciones u otros valores, intereses, obligaciones, derechos a adquirir acciones, otros valores o intereses, efectivo, otras propiedades o cualquier combinación de los anterior*”¹³¹². En el mismo sentido se afirma que “(f) *el voto separado por grupos de voto es requerido: (1) sobre un Proyecto de Fusión, por cada clase o serie de acciones que: (i) vayan a ser convertidas conforme al Proyecto de Fusión en otros valores, intereses, obligaciones, derechos de adquisición de acciones, otros valores o intereses, efectivo, otras propiedades o cualquier combinación de lo anterior*”¹³¹³.

8.4.2.4.1.3.1. La atribución, en las normas ejemplares, de la “contrapartida”, total o parcial, al socio-accionista-inversor.

La MBCA “*no impone virtualmente ninguna restricción o limitación a los términos y condiciones de una fusión excepto aquellos recogidos en la Sección 11.02 en relación a las previsiones en un Proyecto de Fusión a modificar con posterioridad a su aprobación por los accionistas. Los titulares de acciones o intereses elegibles en una parte de una fusión que se fusiona en la entidad superviviente puede recibir acciones u otros valores de la superviviente, acciones u otros valores de una parte distinta de la entidad superviviente, intereses, obligaciones, derechos para adquirir acciones, u otros valores, efectivo u otra propiedad*”. De esta forma, “*la capitalización de la superviviente puede ser reestructurada en la fusión y sus estatutos o*

*documentos organizativos pueden ser modificados por el resumen de la fusión, de cualquier forma que se considere apropiado*¹³¹⁴. Esta posición normativa flexible está generalizada en el Derecho norteamericano¹³¹⁵.

No obstante lo anterior, la Sección 11.02(c) sí *“requiere que los términos y condiciones (de la fusión) sean establecidos en el Proyecto de Fusión”*¹³¹⁶. Pero desde luego a su amparo la continuidad o no en la condición de socio en la sociedad resultante de la fusión es una opción, sino individual de cada accionista, sí intervenida mediatamente por cada uno de los accionistas, en la medida que pueden manifestarse en relación con esta propuesta con ocasión de la votación del Proyecto de Fusión, pues “el Consejo ha de remitir el plan a los accionistas para su aprobación”¹³¹⁷. Así, en este sentido, la Sección 11.04.(f) “indica que una clase o serie tiene derecho a votar sobre el Proyecto de Fusión como un grupo de voto separado si, de conformidad con la fusión, la clase o series pudieren ser convertidos en otros valores, intereses elegibles, obligaciones, derechos de adquisición de acciones, otros valores o intereses elegibles, efectivo u otra propiedad”¹³¹⁸.

Por ello se afirma que *“en el Derecho norteamericano no sólo no está explicitado un principio de continuidad en la condición de socio sino que es posible, como consecuencia de la fusión, llegara a excluir a la minoría de participar en la sociedad resultante aun cuando ello no forme parte de sus deseos. Ese fenómeno se conoce como “take out merger”, y no es consecuencia de la previsión de un mecanismo legal de exclusión sino que deriva de la posibilidad de entregar a los accionistas de la sociedad extinguida no sólo acciones de la sociedad resultante sino también acciones de otra sociedad, otros valores diferentes a las acciones, o bien dinero”*¹³¹⁹. Esta posibilidad, que en absoluto es novedosa y su implantación fue acompañada de una importante polémica¹³²⁰, supone además de la posibilidad de articular mediante la fusión confrontaciones por el control societario o exclusiones de socios¹³²¹, la emergencia o aparición del “socio-inversionista”¹³²².

Efectivamente, conforme indica la MBCA el Proyecto de Fusión o “plan of merger” ha de contener *“la manera y las bases para convertir las acciones de cada corporación mercantil nacional o extranjera participante en la fusión y los intereses de cada entidad nacional o extranjera participante en la fusión en acciones u otros valores, intereses, obligaciones, derechos para adquirir acciones, otros valores o intereses, efectivo, otras propiedades o cualquier combinación de los anteriores”*¹³²³, y ese plan deberá ser consentido por los accionistas, pues según señala la citada norma” tras la adopción del Proyecto de Fusión el consejo de administración deberá remitir el plan a los accionistas para su aprobación”¹³²⁴.

A su vez, la Delaware GCL precisa al respecto en su Sección 252 que el acuerdo de fusión (agreement of merger or consolidation) deberá contener (the agreement shall state): *“la manera, si existiera, de convertir las acciones de cada una de las corporaciones intervinientes en acciones u otros valores de la corporación superviviente o resultante de la fusión o consolidación, o de cancelar algunas o todas las citadas acciones, y, si cualesquiera acciones de las corporaciones intervinientes no permanecerán pendientes de conversión únicamente en acciones u otros valores de la corporación superviviente o resultante, el efectivo, propiedades, derechos, valores de cualquier otra corporación o entidad que los propietarios de tales acciones vayan a recibir a cambio de o como consecuencia de la conversión de tales acciones y la entrega de*

*cualesquiera certificados en prueba de las mismas, el efectivo, propiedades, derechos, valores de cualquier otra corporación o entidad podrían ser adicionales o en lugar de las acciones u otros valores de la corporación superviviente o resultante*¹³²⁵.

Ha se traerse a colación lo indicado en el subepígrafes “8.4.2.4.1.1.2.1 Modulaciones”, en cuanto a la posibilidad de que el accionista de la sociedades que se extinguen a consecuencia de la fusión perciban una compensación en efectivo, que no supere el 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de los títulos o participaciones que representen el capital de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza (artículo 2.2, de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, reiteración del contenido del artículo 29 de la Directiva 2011/35), pues puede considerarse en otra perspectiva. Esto es, que se trata de cantidades a percibir como “contrapartida parcial” de las posiciones de accionistas en las sociedades anónimas extinguidas.

Se manifiesta la circunstancia de la que venimos tratando en las operaciones denominadas de “*freeze-out merger*” mediante la cual el accionista o socio que tiene el control, utilizando el procedimiento “*long-for merger*”, propone en el “*agreement of merger*”, el cambio de las acciones titularidad de los demás accionistas, por dinero o efectivo. Una modalidad específica la constituye el supuesto de “*freeze-out tender offers*”, que propuesta por el socio que tiene el control de la sociedad anónima, pretende conseguir igualmente la exclusión o eliminación¹³²⁶ de los socios minoritarios, pero combinando la fusión con una oferta pública de adquisición de acciones, que se resolverá en dos fases cronológicamente sucesivas¹³²⁷.

En una primera fase, en puridad ajena la fusión transfronteriza, el socio que tiene el control de la sociedad anónima que será sociedad absorbente, efectúa una oferta pública de adquisición de acciones, dependiendo del éxito de esa oferta pública, seguidamente efectuará una fusión mediante una “*short-form merger*”. Lo mismo ocurre cuando el accionista mayoritario, sin hacer cuestión de sus deberes fiduciarios (fiduciary duties) frente a los socios minoritarios¹³²⁸, procura la fusión con otra subsidiaria, acordando mediante la pertinente cláusula del “*agreement of merger*”, que los accionistas minoritarios perciban el “equivalente” por sus acciones, resultando a la postre excluidos de la sociedad (squeeze-out), constituyendo, en definitiva, un mecanismo específico de exclusión de socios¹³²⁹, bien que siempre con la tutela del estándar del “entire fairness”¹³³⁰.

8.4.2.4.1.3.2. Los “appraisal rights”.

Los “appraisal rights” o “derechos a obtener una valoración” constituyen un medio para procurar el ajuste, en términos de valor, de la posición de los socios-accionistas salientes en una fusión transfronteriza de sociedades anónimas, especialmente cuando se utiliza una “*freeze-out merger*”.

Se trata de un derecho reconocido a los accionistas disidentes de poder obtener el “fair value” de sus propias acciones; se concibe como un derecho de separación y admite ciertas excepciones¹³³¹. Constituye un sistema de protección específico de los intereses de los accionistas, mediante el cual pueden rechazar el cambio o contraprestación ofrecida en el “plan of merger” por sus acciones, obteniendo un reembolso equitativo por las mismas, separándose de la sociedad (appraisal remedy). Se trata de un “derecho a disentir y obtener un pago por acciones” (“right to dissent and obtain payment for shares”)¹³³².

El Comentario Oficial a la Sección 13 de la MBCA destaca acerca de la regulación de los “appraisal rights” en el citado cuerpo legal que¹³³³ *“el Capítulo 13 aborda la tensión entre el deseo de la dirección corporativa de ser capaz de entrar en nuevos campos, adquirir nuevas compañías y reorganizar los derechos de los inversores, y el deseo de los inversores de adherirse a los derechos y riesgos sobre la base de los que invirtieron. El estatuto de las corporaciones contemporáneas en los Estados Unidos intentó resolver esta tensión a través de dos mecanismos. Por un lado, a través de la aprobación de una modificación estatutaria, una fusión, canje de valores o disposición de activos, la mayoría podría cambiar la naturaleza y forma de la compañía y los derechos de todos sus accionistas. Por otro lado, los accionistas que objetan tales cambios podrían obtener el valor razonable de sus inversiones en efectivo mediante el ejercicio de sus derechos a obtener una valoración”*.

La acomodación tradicional ha sido severamente criticada desde dos perspectivas. Desde la perspectiva de los inversores que objetan la transacción, el proceso de valoración es criticado por facilitar una pequeña ayuda al inversor ordinario porque sus aspectos técnicos hacen su uso difícil, caro y arriesgado. Desde la perspectiva de la dirección corporativa, el proceso de valoración es criticado porque falla en proteger a la corporación de demandas que están motivadas por la esperanza de un acuerdo por las molestias causadas o por extravagantes concepciones de valor.

El Capítulo 13 es un compromiso entre estos puntos de vista opuestos. Está diseñado para incrementar la frecuencia con la que la reivindicación de los derechos a obtener una valoración lleve a soluciones satisfactorias y económicamente viables y a reducir la frecuencia con la que tal reivindicación conlleve retrasos, gastos e insatisfacción. Busca alcanzar estas metas primero mediante la simplificación y clarificación del proceso de valoración así como motivando a las partes para resolver sus discrepancias en negociaciones privadas sin el recurso a procedimientos de valoración judiciales.

El Capítulo 13 continúa desde la premisa de que la valoración judicial debe ser facilitada normativamente sólo cuando coexisten dos condiciones. Primero, la operación societaria propuesta tal y como sea aprobada por la mayoría resultará en un cambio fundamental en las acciones que serán afectadas por tal operación. Segundo, la incertidumbre acerca del valor razonable de las acciones afectadas podría llevar a personas razonables a diferir acerca de la razonabilidad de los términos de la operación societaria. La falta de certeza es ampliamente reducida, sin embargo, en el caso de acciones admitidas a negociación en un mercado secundario organizado. Esto explica tanto la excepción de mercado descrita posteriormente y los límites regulados a la excepción.

Los derechos a obtener una valoración en relación con fusiones conforme al Capítulo 11 y con disposiciones de activos que requieran la aprobación de los accionistas conforme al Capítulo 12 son

reconocidos cuando estas dos condiciones coexisten. Cada una de tales operaciones resultará en un cambio fundamental en las acciones que un accionista disidente podría sentir que no fue compensada adecuadamente por los términos aprobados por la mayoría. Excepto para los accionistas de una corporación filial que es fusionada conforme a la Sección 11.05 (la fusión “abreviada”), sólo aquellos accionistas que tienen derecho de voto en una transacción tienen derechos a obtener una valoración. La relación entre derechos de voto y a obtener una valoración está justificada porque el derecho de voto es un buen indicador para asegurar la seriedad del cambio contemplado por la operación societaria. Esto es especialmente cierto cuando la operación desencadena previsiones de voto de grupos.

No obstante esta relación, el Capítulo 13 modificado elimina derechos a obtener una valoración para accionistas con derecho de voto en numerosas circunstancias en las que hubiera estado disponible en la norma de 1984. Los accionistas que tuvieran derecho de voto en una operación societaria, ya sea porque tales accionistas tienen derechos de voto en general o porque se activen previsiones de derechos de voto de grupo, no tendrán derecho a valorar si la modificación no alterará los términos de la clase o series de valores que estos poseen. Esto es, los derechos a obtener una valoración recogidos en la normativa no serán reconocidos a acciones de ninguna clase de la entidad superviviente en una fusión ni para ninguna clase de acciones que no estén incluidas en un canje de valores. La valoración tampoco se activará por una disolución voluntaria conforme al Capítulo 14 puesto que tal operación no afecta a los derechos de liquidación – los únicos derechos relevantes siguiendo la votación accionarial para disolver.

Con la excepción de escisiones inversas que resulten en una retirada de efectivo asociada a algunas de las acciones de una clase o series, el Capítulo 13 modificado también elimina la valoración en conexión con todas las modificaciones estatutarias. Este cambio en el Capítulo 13 modificado no refleja una resolución judicial que señala que una modificación cambiando los términos de una particular clase o series puede no tener efectos económicos significativos. Así, refleja una resolución judicial que indica que la distinción entre diversos tipos de modificaciones, a los efectos del derecho a obtener una valoración recogido normativamente es necesariamente arbitrario y, por tanto, puede no reflejar con exactitud la demanda de los accionistas de una valoración en determinados momentos. En su lugar, el Capítulo 13 permite un alto grado de ordenación privada por medio de la eliminación de una lista de transacciones para las que una corporación puede voluntariamente elegir facilitar una valoración y permitiendo una previsión estatutaria que elimine, en todo o en parte, los derechos a obtener una valoración legalmente reconocidos para acciones preferentes.

El Capítulo 13 es también único en su aproximación a los derechos a obtener una valoración respecto de acciones admitidas a negociación en un mercado secundario. Aproximadamente la mitad de los estatutos de corporaciones en los Estados Unidos recogen excepciones a la valoración de acciones cotizadas, sobre la base de que no es productivo exponer a la corporación al tiempo, gastos y drenaje de tesorería impuestos por demandas de valoración cuando los accionistas que no están satisfechos con la contraprestación ofrecida en una valoración desencadenada por una transacción podrían vender sus acciones y obtener liquidez del mercado. Esta excepción es generalmente conocida como “fuera de mercado” y es referida en la norma como “excepción de mercado”. Detractores de la excepción de mercado argumentan que ésta resulta en injusticias cuando ni la contraprestación ofrecida en relación con la transacción ni el precio de mercado

reflejan el valor razonable de las acciones, particularmente si quienes toman las decisiones corporativas tienen un conflicto de interés.

El Capítulo 13 busca acomodar ambas perspectivas recogiendo una excepción de mercado que está limitada a aquellas situaciones en las que los accionistas son proclives a recibir el valor razonable cuando venden las acciones en el mercado con posterioridad al anuncio de una transacción que implicará una valoración. Para que la excepción de mercado aplique conforme al Capítulo 13, tiene que ser primero un mercado líquido. Segundo, exclusivo respecto del Capítulo 13, la excepción de mercado no aplica en circunstancias especificadas en las que la operación desencadenante de una valoración puede ser considerada un transacción en conflicto de interés.”

Los “appraisal rights” se establecen en la Sección 13.02 de la MBCA que indica que “(a) Un accionista tiene derecho a obtener una valoración y a obtener el pago del valor razonable de las acciones de su titularidad en el supuesto de cualquiera de las siguientes operaciones societarias: 1) la consumación de una fusión de la que la corporación es parte (i) si la aprobación del accionista es requerida para la fusión conforme a la Sección 11.04 y el accionista tiene derecho a votar sobre la fusión, excepto que los derechos a obtener una valoración no se otorgasen a ningún accionista de la corporación con respecto a acciones de cualquier clase o serie que permanezcan en circulación tras la consumación de la fusión, o (ii) si la corporación es una filial y la fusión está regulada por la Sección 11.05”¹³³⁴.

Los “appraisal rights” se vinculan a la noción de “fair value” o “valor razonable”, que establece la Sección 13.01.(4) MBCA, a cuyo tenor: “ (4) Valor razonable significa el valor de las acciones de la corporación determinado: (i) inmediatamente antes de la realización de la operación societaria a la que los accionistas objetan; (ii) usando conceptos habituales y actuales de valoración y técnicas generalmente empleadas para negocios similares en el contexto de una transacción que requiere una valoración; y (iii) sin descuento por la falta de mercado o status de minoría excepto, si fuera apropiado, para las modificaciones estatutarias de conformidad con la Sección 13.02(a)(5)”¹³³⁵. Esta noción de “valor razonable” es específica del sistema norteamericano¹³³⁶ y, por ello, no se debe reconducir en otras normativas contables (NICs/NIIFs)¹³³⁷.

La regulación de los “appraisal rights” contenida en la sección 262 de la Delaware GCL (que se remite a su sección 252(d)) es también muy estimable¹³³⁸. Según aquella regulación: “(a) Cualquier accionista de una corporación de este Estado que posea acciones en el día de la realización de una solicitud de conformidad con la Subsección (d) de esta Sección con respecto a dichas acciones, que posea acciones de forma continua durante la fecha efectiva de la fusión o consolidación, que haya cumplido de otro modo con la Subsección (d) de esta Sección y que no haya votado a favor de la fusión o consolidación ni haya dado su consentimiento por escrito de conformidad con el § 228 de este Título, tendrá derecho a obtener una valoración de la “Court of Chancery” del valor razonable de las acciones del tal accionista bajo las circunstancias descritas en las Subsecciones (b) y (c) de esta Sección. Tal y como se menciona en esta Sección, son “accionistas” aquellas personas titulares de acciones en una sociedad anónima y miembros de una corporación de base no accionarial; las palabras “acción” y “participación” significan e incluyen lo que se entiende comúnmente por esas palabras y también miembro o interés de ser miembro de una corporación de base no accionarial; y las palabras “certificado de depósito” significan un certificado u

otro instrumento emitido por un depositario que representa un interés en una o más acciones, o fracciones de las mismas, únicamente de capital de una corporación, cuyo capital está depositado con el depositario”¹³³⁹.

Precisándose en la Sección 262, que *"(b) los derechos a obtener una valoración deberán aplicar para las acciones de cualquier clase o series de valores de una sociedad interviniente en una fusión o consolidación de efectuarse de conformidad (...) con la Sección 252, (...) de este Título"*:

- (i) Sin embargo, los derechos a obtener una valoración bajo esta Sección no aplicarán para las acciones de cualquier clase o series de valores, que cotizan, o certificados de depósito de las mismas, en la fecha de registro fijada para determinar los accionistas con derecho a recibir una notificación y a votar en la junta de accionistas para cumplir con el acuerdo de fusión o consolidación, que o (i) cotizan en una bolsa de valores nacional o (ii) están registradas por más de 2.000 socios; y siempre que no haya derecho a obtener una valoración para cualquier acción de la sociedad constituyente que sobreviva a una fusión si la fusión no requería para su aprobación el voto de los accionistas de la sociedad absorbente conforme a lo dispuesto en la Subsección (f) de la Sección 251 de este Título.*
- (ii) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo (1) de esta Subsección, los derechos a obtener una valoración recogidos en esta Sección deberán aplicar para las acciones de cualquier clase o series de valores de una sociedad interviniente si los titulares están obligados por un acuerdo de fusión o consolidación, de conformidad con la (...) Sección 252, (...) de este Título a aceptar por dichas acciones cualquier contrapartida menos: a. Acciones de la sociedad absorbente o resultante de dicha fusión o consolidación, o certificados de depósito de las mismas; b. Acciones de cualquier otra sociedad, o certificados de depósito de las mismas, cuyas acciones (o certificados de depósito de las mismas) o certificados de depósito en la fecha de la fusión o consolidación cotizarán en una bolsa de valores nacional o "held of record" estarán registradas por más de 2.000 socios; c. Dinero efectivo en lugar de fracciones de acciones o fracciones de certificados de depósito descritos en los incisos a y b de este párrafo; o d. Cualquier combinación de acciones, certificados de depósito y dinero efectivo en lugar de fracciones de acciones o de certificados de depósito descritos en las anteriores Subsecciones a., b. y c. de este párrafo.*
- (iii) En el caso de que todas las acciones de una corporación filial de Delaware que sea parte de una fusión efectuada en virtud de la Sección 253 de este Título no sean propiedad de la sociedad matriz inmediatamente antes de la fusión, el derecho a obtener una valoración deberán aplicar para las acciones de la corporación filial de Delaware.*
- (iv) Cualquier sociedad podrá prever en su certificado de constitución que el derecho a obtener una valoración bajo esta Sección deberá estar disponible para las acciones de cualquier clase o series de valores como consecuencia de una modificación de su certificado de constitución, de una fusión o consolidación en la que la corporación sea una de las sociedades intervinientes o de la venta de todo o sustancialmente todos los activos de la sociedad. Si el certificado de incorporación contiene tal previsión, los procedimientos de esta*

sección, incluidos aquellos recogidos en las subsecciones (d) y (e) de esta Sección aplicarán con toda la exactitud posible.

- (v) *El derecho a obtener una valoración se formalizará de la siguiente manera:*
- (a) *Si la fusión o consolidación propuestas para las que el derecho a obtener valoración figura en esta Sección se sometiese a la aprobación de la junta de accionistas, la sociedad deberá, en el plazo mínimo de 20 días antes de la junta, notificar a cada uno de los accionistas que tuviesen tal condición en la fecha de registro de la junta en relación a las acciones para las que el derecho a obtener una valoración aplica, de conformidad con las Subsecciones (b) o (c) que el derecho a obtener una valoración aplica para algunas o todas las acciones de las sociedades constituyentes, y deberá incluir en dicha notificación una copia de esta Sección. Cada accionista elegido para solicitar la valoración de las acciones deberá entregar a la sociedad, antes de la votación de la fusión o consolidación, una solicitud por escrito para la valoración de las acciones. Esta solicitud será suficiente si informa de manera razonable a la sociedad de la identidad de los accionistas y que éstos tiene la intención de solicitar la valoración de tales acciones. La representación o voto en contra de la fusión o consolidación no deberá formar parte de esa solicitud. Un accionista elegido para iniciar tal acción deberá realizarlo por escrito en una petición independiente. Dentro de los 10 días siguientes a la fecha efectiva de la fusión o consolidación, la sociedad absorbente o resultante deberá notificar a cada accionista de cada sociedad interviniente que hubiere cumplido con esta Subsección y no hubiere votado a favor o hubiere consentido la fusión o consolidación, la fecha en la que dicha fusión o consolidación ha devenido efectiva; o*
- (b) *Si la fusión o consolidación fuese aprobada de conformidad con las Secciones 228 o 253 de este Título, bien una sociedad interviniente antes de la fecha efectiva de la fusión o consolidación, o la sociedad absorbente o resultante dentro de los 10 días siguientes a partir de dicha fecha, notificará a cada titular de cualquier clase o series de valores de dicha sociedad interviniente que tenga derecho a obtener una valoración, la aprobación de la fusión o consolidación y que el derecho a obtener una valoración aplica para alguna o todas las acciones de cualquier clase o serie de acciones de dicha sociedad interviniente, y deberá incluir en dicha notificación una copia de esta Sección. Esta notificación puede, y, si se les da en la fecha o después de la fecha de la fusión o consolidación, deberá también notificarse la fecha de efectos de la fusión o consolidación. Cualquier accionista legitimado por el derecho a obtener una valoración deberá, dentro de los 20 días siguientes a la fecha de envío de la notificación, solicitar por escrito de la sociedad absorbente o resultante la valoración de las acciones de dicho titular. Esta solicitud será suficiente si informa de manera razonable a la sociedad de la identidad de los socios y éstos tienen la intención de solicitar la valoración de dichas acciones.*

Si en dicha notificación no se ha notificado a los accionistas de la fecha efectiva de la fusión o consolidación, bien (i) cada corporación interviniente deberá enviar una segunda notificación antes de la fecha efectiva de la fusión o consolidación notificando a cada accionista de cualquier clase o series de acciones de la corporación interviniente que tienen derecho a obtener una valoración en la fecha efectiva de la fusión o consolidación; o (ii) la corporación absorbente o resultante enviará un segundo aviso a todos los accionistas dentro de los 10 días posteriores a la fecha efectiva; siempre que esta segunda notificación sea enviada en el plazo máximo de 20 días tras el envío de la primera notificación, esta segunda notificación sólo deberá enviarse a aquellos accionistas legitimados por el derecho a obtener una valoración y que hayan solicitado una valoración de conformidad con esta Subsección. Un “affidavit” del secretario o asistente de la misma o del agente de transferencias de la corporación, que se requiere para cualquiera de las citadas notificaciones, de que la notificación se ha llevado a cabo deberá, en ausencia de fraude, dar fe de los hechos que se indican. A efectos de determinar los accionistas con derecho a recibir la notificación, cada corporación interviniente podrá fijar con antelación una fecha de registro que no excederá el plazo de 10 días antes de la fecha efectiva de la fusión o consolidación, y si la notificación es efectuada en o después de la fecha de efectos de la fusión o consolidación, la fecha de registro será tal fecha efectiva. Si no se fija fecha de registro y la notificación se da antes de la fecha efectiva, la fecha de registro deberá ser el cierre de las operaciones en el día inmediatamente anterior al día en que se dé la notificación.

- (c) *Dentro de los 120 días siguientes a la fecha efectiva de la fusión o consolidación, la sociedad absorbente o resultante o cualquier accionista que hubiera cumplido con las Subsecciones (a) y (d) y que tenga derecho a obtener una valoración, puede iniciar un procedimiento de valoración mediante la presentación de una petición ante la “Court of Chancery” exigiendo una determinación del valor de las acciones de todos esos accionistas. No obstante lo anterior, en cualquier momento dentro de los 60 días posteriores a la fecha efectiva de la fusión o consolidación, cualquier accionista que no haya iniciado el procedimiento de valoración o se hubiera adherido al mismo como parte tendrá derecho a retirarse de la demanda de valoración de tales accionistas y aceptar los términos ofrecidos en la fusión o consolidación. Dentro de los 120 días posteriores a la fecha efectiva de la fusión o consolidación, cualquier accionista que haya cumplido con los requisitos de las Subsecciones (a) y (d), previa solicitud por escrito, tendrá derecho a recibir de la sociedad superviviente de la fusión o consolidación una declaración de la cantidad total de acciones que no han votado a favor de la fusión o consolidación y con respecto a las solicitudes que se han recibido y el número total de titulares de dichas acciones. Esta declaración escrita deberá ser enviada al accionista dentro de los 10 días siguientes a la solicitud por escrito de dicho accionista de la declaración recibida por la sociedad absorbente o resultante o dentro de los 10 días posteriores a la expiración del plazo para la entrega de las*

demandas de la valoración en virtud de la Subsección (d), el que fuera posterior. No obstante lo previsto en la subsección (a) de esta Sección, una persona que sea beneficiaria última de las citadas acciones poseídas ya sea a través de un trust de voto o de un tercero en representación de tal tercero, podrá en su propio nombre, presentar una petición o solicitud de la declaración descrita anteriormente.

- (d) *En el momento de la presentación de cualquier solicitud por un accionista, una copia de la misma se realizará en la sociedad absorbente o resultante, que deberá en el plazo de 20 días presentar en la oficina del “Register in Chancery” en la que la solicitud se presentó una lista debidamente verificada con los nombres y direcciones de todos los accionistas que han exigido el pago de sus acciones y con los cuales no se ha llegado a ningún acuerdo respecto del valor de sus acciones por la sociedad absorbente o resultante. Si la solicitud es presentada por la sociedad absorbente o resultante, ésta deberá ir acompañada de una lista debidamente verificada. El “Register in Chancery”, si así lo ordena la Corte, deberá notificar la fecha y el lugar fijado para la audiencia de dicha solicitud por correo registrado o certificado a la sociedad absorbente o resultante y a los accionistas que figuran en la lista de las direcciones antes expuestas. Esta notificación deberá realizarse por una o más publicaciones al menos una semana antes del día de la audiencia, en un periódico de circulación general publicado en la ciudad de Wilmington, Delaware o en cualquier publicación que la Corte considere conveniente. Las formas de los avisos por correo y publicación deberán ser aprobadas por el Tribunal, y los gastos de los mismos correrán a cargo de la sociedad absorbente o resultante.*
- (e) *En la audiencia de dicha solicitud, la Corte determinará los accionistas que hayan cumplido con esta Sección y hayan adquirido el derecho a obtener una valoración. El Tribunal podrá requerir a los accionistas que hayan solicitado una valoración de sus acciones y que posean valores representados por certificados a presentar sus certificados de acciones al “Register in Chancery” para la anotación respecto de la tramitación de los procedimientos de valoración; y si algún accionista no cumple con dicha orden, la Corte podrá excluir al accionista de los procedimientos.*
- (f) *Después de que el Tribunal determine los accionistas con derecho a obtener una valoración, el procedimiento de valoración se llevará a cabo de acuerdo con las reglas del “Court of Chancery”, incluyendo posibles normas que regulan específicamente los procedimientos de valoración. A través de este procedimiento, la Corte determinará el valor razonable de las acciones sin considerar cualquier elemento de valor que surge de la realización o la expectativa de la fusión o consolidación, junto con los intereses, en su caso, a pagar a la cantidad determinada como el valor razonable. Para determinar el valor razonable, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes. A menos de que el*

Tribunal determine discrecionalmente lo contrario por causa justificada, el interés entre la fecha efectiva de la fusión y la fecha de pago de la sentencia deberá ser compuesto trimestralmente y devengar el 5% sobre la tasa de descuento de la Reserva Federal (incluyendo cualquier pago) tal y como sea determinado en cada momento durante el período comprendido entre la fecha efectiva de la fusión y la fecha de pago de la sentencia. A solicitud de la sociedad absorbente o resultante o por cualquiera de los accionistas con derecho a participar en el procedimiento de valoración, la Corte puede discrecionalmente ir a juicio por la valoración previa a la determinación final de los accionistas con derecho a una valoración. Cualquier accionista cuyo nombre aparezca en la lista presentada por los certificados de la sociedad absorbente o resultante de conformidad con la Subsección (f) de esta Sección y que haya presentado tal certificado de acciones en el “Register in Chancery”, si así lo requiere, pueden participar plenamente en todos los procedimientos hasta que se determine finalmente que dicho accionista no tiene derecho a obtener una valoración bajo esta Sección.

- (g) *El Tribunal ordenará el pago del valor razonable de las acciones, junto con los intereses, en su caso, por la sociedad absorbente o resultante de los accionistas con derecho a la misma. El pago deberá realizarse a cada uno de los accionistas, en el caso de los titulares de acciones sin certificado de inmediato, y el caso de los titulares de acciones representadas por certificados en el momento de la entrega a la sociedad de los certificados representativos de dichas acciones. El decreto del Tribunal podrá ser ejecutado como otros decretos en el “Court of Chancery”, ya sea la sociedad absorbente o resultante una sociedad de este o de cualquier otro Estado.*
- (h) *Los costes del procedimiento podrán ser determinados por la Corte y se repartirán entre las partes como el Tribunal estime equitativo conforme a las circunstancias concurrentes. Tras la solicitud de un accionista, el Tribunal podrá exigir que la totalidad o una parte de los gastos incurridos por cualesquiera accionistas en relación con el procedimiento de valoración, incluyendo, sin limitación, los honorarios razonables de abogados y los honorarios y gastos de los expertos, sea dividido a pro rata en función del valor de todas las acciones con derecho a obtener una valoración.*
- (i) *Desde y hasta la fecha de efectos de la fusión o consolidación, ningún accionista que haya solicitado el derecho a obtener una valoración tal y como está estipulado en la Subsección (d) de esta Sección tendría derecho a ejercer el derecho de voto relativo a las acciones para cualquier propósito o para recibir el pago de dividendos u otras distribuciones de acciones (excepto dividendos o acciones a pagar a los accionistas en la fecha anterior a la fecha efectiva de fusión y consolidación); en el bien entendido, no obstante, que si ninguna petición de valoración se presenta en el tiempo previsto en la Subsección (e) de esta Sección, o*

si tal accionista entrega a la sociedad resultante o superviviente un escrito de renuncia de tal demanda del accionista para una valoración y una aceptación de la fusión y consolidación, bien en un plazo de 60 días desde la fecha efectiva de la fusión o consolidación tal y como se prevé en la Subsección (e) de esta Sección o bien con posterioridad con el escrito de aprobación de la sociedad, entonces el derecho del accionista a una valoración cesará. No obstante lo anterior, ningún procedimiento de valoración en la “Court of Chancery” será rechazado a cualquier accionista sin la aprobación de la Corte, y dicha aprobación podrá estar condicionada a los términos que la Corte estime justos, en el bien entendido, no obstante, de que esta previsión no afectará los derechos de ningún accionista que no haya comenzado un procedimiento de valoración o se haya unido al procedimiento como parte identificada a desistir de la demanda de tal accionista para obtener la valoración y aceptar las condiciones ofrecidas en la fusión o consolidación en el plazo de 60 días después de la fecha efectiva de la fusión o consolidación, como se establece en la Subsección (e) de esta Sección. (...)”¹³⁴⁰

8.4.2.5. El elemento extranjero

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas supone la participación en el proceso de fusión de sociedades anónimas de diferentes nacionalidades. Para su consideración es preciso partir de que la nacionalidad de una de las sociedades anónimas participantes en el proceso de fusión es distinta a la(s) nacionalidad(es) de la(s) otra(s) sociedad(es) anónima(s) participantes en la fusión. La hipótesis a considerar a los efectos de la presente Tesis es que, al menos, una de las sociedades anónimas participantes en el proceso de fusión tiene nacionalidad española.

La concurrencia del elemento extranjero determina, de manera decisiva, la calificación de la fusión de sociedades anónimas como transfronteriza, con independencia de que se trate de sociedades con nacionalidad de alguno de los países miembros de la Unión Europea o extraños a ella¹³⁴¹. De hecho, en puridad, la calificación depende de la presencia en el proceso de fusión del elemento extranjero. Son tanto el elemento extranjero y como el tráfico externo, los que están en el origen del Derecho Internacional Privado, que presupone “desplazamiento” de personas, pero también de intereses, y lo que sustancialmente representa una situación transnacional que constituye una “nota peculiar y relativamente anómala” si se tiene en cuenta que el fenómeno de frontera sigue siendo un elemento esencial del reparto territorial del poder soberano.

De esta manera el “elemento extranjero”, se convierte en un factor que determina una diferente regulación y tratamiento para las relaciones privadas internacionales respecto de las que se califican como nacionales o internas.

La nacionalidad de la sociedad anónima, como la de las personas jurídicas en general, tiene transcendencia y relevancia en cuanto determina la ley aplicable (*lex societatis*) al contrato de sociedad, tanto en su dimensión obligatoria como organizativa. Circunstancia que, a la postre, determina una íntima conexión ente ambos aspectos. De tal manera que afirmar que una sociedad anónima es española, no es sino llevar cabo una indicación acerca de que esa sociedad se rige por el derecho español de sociedades anónimas, siendo dos los principios que ordinariamente gobiernan semejante cuestión, el de la sede estatutaria, real o efectiva y el del lugar de constitución, que se encuentran en “tensión dialéctica”, lo que tiene un característico reflejo en nuestro modelo societario de anónimas.

8.4.2.5.1. Estado y Nación.

Las ideas de Estado y de Nación son más o menos precisas. En todo caso y respecto del Estado no debe reconducirse a un puro estado de dominación (*dominium*) de unos individuos o grupos sobre otros a fin de organizar la vida en las comunidades humanas una vez que se hicieron sedentarias¹³⁴², ni confundirse con la polis¹³⁴³, sino tratarse como al Estado moderno, y “*si bien la Modernidad surge con la ruptura cristiana del mundo antiguo el estado es un producto mucho más tardío que engarza con la cuarta Modernidad (...). El Estado constituye el soporte neto del poder, y llega significar la fuerza física como ultima ratio, mientras que la sociedad es lo que queda de la comunidad político-social cuando ha sido despojada del poder*”¹³⁴⁴. Esto es, “*frente a la utilización indiscriminada del término Estado hay que señalar que dicho término es un concepto histórico concreto con el que se alude a una realidad determinada que consistía en una peculiar forma de organización política que englobaba un conjunto de instituciones y desde las que se ejercía el poder político en función de una determinada idea de soberanía*”¹³⁴⁵, asumiendo el monopolio en la creación del Derecho¹³⁴⁶.

La idea de “Nación” nace como “subproducto del Estado”, de tal manera que “*el concepto de nación y sobretudo su realidad, son relativamente recientes, no se remontan más allá del siglo XVIII (...). El que el Estado y la nación terminen por fundirse en el estado nacional lleva consigo el que a veces no queden bien delimitados ambos conceptos (...), lo decisivo, sin embargo, es tener muy claro que el concepto moderno de Estado antecede al de nación del que no es más que un complemento tardío. Primero surgió la idea y la realidad del Estado moderno en los siglos XVI al XVIII, y luego, en la segunda mitad del siglo XVIII y sobre todo a lo largo del siglo XIX, la idea moderna de nación. Sin la existencia previa del Estado no hubiera podido emerger el concepto de nación: la nación surge en una sociedad en que el Estado ya la ha estructurado previamente*”¹³⁴⁷.

8.4.2.5.2. La posibilidad de fusión transfronteriza de sociedades anónimas de diferentes nacionalidades, según las normas jurídicas ejemplares.

Está generalmente admitido en los sistemas de derecho occidentales que una sociedad nacional puede fusionarse con otra sociedad extranjera. Así lo proveen las normas ejemplares.

La Model Business Corporation Act en su párrafo 11.02, establece que: “(a) Una o más corporaciones mercantiles nacionales se podrían fusionar con una o más corporaciones mercantiles extranjeras (...) de conformidad con un Proyecto de Fusión, o dos o más corporaciones mercantiles extranjeras se podrán fusionar en una nueva corporación creada en la fusión en la forma prevista en este Capítulo. (b) Una corporación mercantil extranjera, o una entidad extranjera idónea, puede ser parte de una fusión con una corporación mercantil nacional, o podrá crearse conforme a los términos del Proyecto de Fusión, solamente si la fusión está permitida para la corporación mercantil extranjera o la entidad idónea”. Esto es, *“en general, la Sección 11.02 autoriza fusiones entre una o más corporaciones nacionales, o entre una o más corporaciones nacionales y una o más corporaciones extranjeras”, y su posibilidad se rige por el siguiente criterio: “Aplicabilidad: Una fusión de una corporación nacional con una corporación extranjera está autorizada por el Capítulo 11 solamente si ésta está permitida por la ley aplicable a la corporación extranjera y en la realización de la fusión la corporación mercantil extranjera u otra entidad cumple con dicha normativa. Si y en qué términos una corporación u otra entidad extranjera está autorizada a fusionarse con una corporación nacional es una materia que está regulada por la ley aplicable a dicha corporación u entidad y no por el Capítulo 11”*.¹³⁴⁸

Igualmente, la Delaware General Corporation Law, en sus secciones 251 y 252 establece el principio general de la admisibilidad de la fusión transfronteriza. Así, la Sección 251 “Fusión o Consolidación de Corporaciones Nacionales” indica “(a) Cualesquiera 2 o más corporaciones existentes conforme a las leyes de este Estado pueden fusionarse en una única corporación que puede ser 1 cualquiera de las corporaciones intervinientes o se pueden consolidar en una nueva corporación formada por la consolidación, de conformidad con un acuerdo de fusión o consolidación, según corresponda, cumpliendo con y aprobada conforme a lo previsto en esta Sección”. A su vez, la Sección 252 “Fusión o Consolidación de Corporaciones Nacionales y Corporaciones Extranjeras (...)”, reconoce expresamente la posibilidad de la fusión transfronteriza e indica “(a) Una o más corporaciones de este Estado pueden fusionarse o consolidarse con 1 o más corporaciones de cualquier otro Estado o Estados de los Estados Unidos o del Distrito de Columbia, si las normas del otro Estado o Estados o del Distrito permiten a una corporación de tal jurisdicción fusionarse o consolidarse con una corporación de otra jurisdicción. Las corporaciones intervinientes pueden fusionarse en una única corporación, que puede ser cualquiera de las intervinientes o se pueden consolidar en una nueva corporación formada por consolidación, que puede ser una corporación del estado de constitución de cualquiera de las intervinientes, de conformidad con un acuerdo de fusión o consolidación, según corresponda, cumpliendo con y aprobada conforme a esta Sección. Adicionalmente, una o más corporaciones existentes conforme a las normas de este Estado pueden fusionarse o consolidarse con una o más corporaciones organizadas conforme a las normas de cualquier jurisdicción distinta de una de las de los Estados Unidos si las normas conforme

a las que la otra corporación o corporaciones están organizadas permiten a una corporación de tal jurisdicción fusionarse o consolidarse con una corporación de otra jurisdicción”.¹³⁴⁹

La Directiva de Fusiones Transfronterizas establece que se aplicará a las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio social, su centro de efectiva administración o su principal establecimiento dentro de la Comunidad, si al menos dos de ellas están sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes, con singulares excepciones¹³⁵⁰. A los efectos de confirmar la posibilidad de la fusión transfronteriza es decisivo el criterio que puede deducirse del considerando segundo de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, según el cual “la legislación de los Estados miembros debe permitir la fusión transfronteriza de una sociedad de capital nacional con una sociedad de capital de otro Estado miembro si la legislación nacional de los Estados miembros afectados permite las fusiones entre dichos tipos de sociedades”.

Esto es, según aquella Directiva, y salvo disposición contraria de la misma: “a) las fusiones transfronterizas sólo podrán efectuarse entre tipos de sociedades, que tengan derecho a fusionarse con arreglo a la legislación nacional de los Estados miembros de que se trate; b) una sociedad que participe en una fusión transfronteriza deberá cumplir con las disposiciones y trámites de la legislación nacional a la que esté sujeta; c) las disposiciones legislativas de un Estado miembro que permitan a sus autoridades nacionales oponerse a una fusión interna determinada por motivos de interés público también serán aplicables a una fusión transfronteriza cuando al menos una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación de dicho Estado miembro¹³⁵¹”.

Esas disposiciones y trámites de las legislaciones nacionales se aplicarán, según dispone la Directiva de Fusiones Transfronterizas en su artículo 4.2, especialmente en cuanto se refieran a los relativos al proceso de toma de decisiones sobre la fusión y, teniendo en cuenta el carácter transfronterizo de la fusión, a la protección de los acreedores de las sociedades que se fusionen, de los obligacionistas y tenedores de títulos o acciones, así como a los derechos de los trabajadores en lo relativo a derechos distintos de su implicación en la gobernanza de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, que ya tiene una regulación específica en la propia Directiva (artículo 16). En el mismo sentido, la citada norma faculta además a los Estados miembros para adoptar, respecto de las sociedades participantes en una fusión transfronteriza constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los socios minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión transfronteriza, como puede ser el derecho de separación u otros equivalentes.

De esta forma resulta, en definitiva, un marco regulatorio, deducible del Considerando Tercero de la citada norma, según el cual: (i) “con el fin de facilitar las operaciones de fusión transfronteriza, resulta oportuno establecer que, si la presente Directiva no dispone lo contrario, cada sociedad que participe en la fusión transfronteriza, así como cada tercero interesado, sigan estando sometidos a las disposiciones y los trámites de la legislación nacional que serían aplicables en caso de una fusión nacional”; (ii) “las disposiciones y trámites de la legislación nacional no deben en ningún caso imponer restricciones a la libertad de establecimiento o de circulación de capital, a menos que dichas

restricciones se puedan justificar de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, por razones de interés general, y sean necesarias y proporcionadas para el respeto de dichas exigencias imperativas”.

La posibilidad de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas también puede apreciarse con claridad en el marco de la regulación de la Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea). La Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea) es una pieza relevante que en el marco regulatorio europeo que: (i) “*constituye un fiel reflejo del esplendor y la miseria de la historia de la integración jurídica europea*”¹³⁵²; (ii) “*se ha inventado sobre todo para dar forma a la empresa multinacional europea, que quiere estar presente en el mercado europeo y mundial haciendo además abstracción de una adscripción nacionalista que, aunque sea sólo por razones psicológicas, dificulta desde su constitución (...) hasta su funcionamiento en los diversos mercados nacionales*”¹³⁵³; y (iii) *se ha convertido en un referente de la aplicación de la “ciudadanía europea” a las personas jurídicas*”¹³⁵⁴. De ahí la apelación a su carácter “híbrido”¹³⁵⁵ que supone superposición de ordenamientos jurídicos. Pero también por ello conlleva la coexistencia de nacionalidades diferentes en el ámbito europeo, bien que introduzca importantes modulaciones.

8.4.2.5.3. La Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea). Un fenómeno singular de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

La Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea), constituye un “*instrumento de reorganización y concentración a escala comunitaria*”¹³⁵⁶ de empresas, que tiene la finalidad de atender a la realización del mercado interior y la mejora de la situación económica y social que tal realización debe fomentar en el conjunto de la Unión Europea. Mediante su creación se contribuye a la eliminación de los obstáculos a los intercambios intracomunitarios, suponiendo además de una reestructuración societaria, una reorganización de actividades y estructuras de producción a escala Europea. Semejante reorganización productiva presupone, entre otras alternativas, empresas ya existentes de los distintos Estados miembros de la Unión Europea, que “unen sus fuerzas” mediante operaciones de fusión.

8.4.2.5.3.1. Su justificación.

Con la Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea), se pretendió crear un “*nuevo tipo de sociedad que no sustituiría a ningún tipo de sociedad en el ámbito normativo de los Estados miembros, que se añadiría al elenco de tipos sociales reconocidos en cada Estado miembro. El presupuesto de este tratamiento era que el nuevo tipo social estuviera sometido al Derecho Comunitario y la consecuencia sería que la nueva SE sería considerada, sin necesidad de reconocimiento, como sociedad nacional en todos y cada uno de los Estados miembros de la UE*”¹³⁵⁷. Con anterioridad a la aprobación del

Reglamento 2157/2001, la fusión transfronteriza de sociedades anónimas únicamente se podía realizar “*mediante complejas estructuras jurídicas*”¹³⁵⁸.

La Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea) “*se incardina dentro del fenómeno de las reestructuraciones societarias de alcance transnacional, como un instrumento incuestionable en la actualidad*”¹³⁵⁹ y su emparentamiento con la Directiva de Fusiones Transfronterizas, y con la Directiva 2011/35/UE relativa a las fusiones de las sociedades anónimas de la Unión Europea, es evidente¹³⁶⁰.

La discrepancia entre el marco jurídico de las empresas en la Unión Europea, que sigue siendo en gran parte nacional, y el marco económico en el que deben desarrollar sus actividades los operadores que, por razón de la globalización, ha dejado de ser local o nacional para convertirse en Europeo y mundial, ha sido determinante para la búsqueda de “*rutas regionales*”¹³⁶¹, entre ellas la “*ruta regional europea*”, contribuyendo a su implementación la Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea)¹³⁶².

La uniformización jurídica mundial de la sociedad anónima ha sido imposible al estar constituido el sistema jurídico mundial por derechos positivos u ordenamientos estatales y nacionales, lo que se contrapone al sistema empresarial, económico y financiero, de economía de mercado globalizado. Sin embargo, ello no ha impedido que trabajosamente se estén constituyendo ámbitos jurídicos regionales relativamente uniformes, en donde se pretende hacer coincidir “*unidad económica y la unidad jurídica*”. En este ámbito tiene especial trascendencia el sistema de la Unión Europea, cuya marcha hacia la uniformidad es obediente al “*principio de aceleración histórica*”. En ese orden de consideraciones la sociedad anónima europea se muestra como una vía común en la que interaccionan disposiciones de la Unión Europea y de los Estados miembros¹³⁶³.

La Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea) permite la creación y la gestión de sociedades de dimensión europea¹³⁶⁴, sin que los obstáculos derivados de la disparidad de regulaciones y de la aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles puedan impedir o dificultar tales operaciones. Al extremo de permitirse que una sociedad cuya administración central no se encuentre en la Unión Europea participe en la constitución de tales tipos societarios, siempre que dicha sociedad esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en dicho Estado miembro y tenga una vinculación efectiva¹³⁶⁵ y continua con la economía de un Estado miembro.

Los requisitos para la constitución de la Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea), van encaminados a mantener la “*multinacionalidad europea*”¹³⁶⁶. Para ello es necesario: (i) que en su constitución “*sólo estén implicadas o afectadas sociedades (...) constituidas con arreglo al ordenamiento de un Estado miembro, y tengan su domicilio social y su administración central*” en la Unión Europea; y (ii) que “*al menos dos de ellas estén sujetas al Derecho de Estados Miembro diferentes*”¹³⁶⁷. El resultado es una sociedad de “*carácter específico y comunitario*”¹³⁶⁸, cuyo régimen jurídico es “*el de una sociedad de capital por acciones, que es el régimen que mejor se adapta,*

tanto desde el punto de vista financiero como del de su gestión, a las necesidades de las empresas que lleven a cabo sus actividades a escala europea”, que dispondrá de un capital mínimo que garantice la adscripción de un patrimonio suficiente, para “*garantizar una dimensión razonable a este tipo de empresas*”¹³⁶⁹. Por ello, se ha afirmado que es un tipo societario “*equiparable a una sociedad anónima de Derecho nacional de los Estados miembros de la UE*”¹³⁷⁰. Tipológicamente es una sociedad anónima¹³⁷¹. Se crea como “*una nueva forma jurídica llamada a competir con los tipos nacionales, y en otro sentido, necesitada de incorporación al engranaje del Derecho societario nacional*”¹³⁷².

8.4.2.5.3.2. Ciudadanía europea y Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea).

La ciudadanía de la Unión Europea complementa la ciudadanía nacional sin sustituirla. En principio se predica tanto de las personas físicas como jurídicas, no obstante a ello que la mayoría de los derechos a que se entienden amparados por esa ciudadanía sean únicamente referibles a las personas físicas.

El artículo III-142 de la no nata Constitución Europea establecía que “*las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de la aplicación (de los artículos III-137 a III-143), a las personas físicas nacionales de los Estados miembros*”. En este sentido dicha norma no-nata: (i) establecía en su artículo I-10, relativo a la “Ciudadanía de la Unión”, que: “*Toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro posee la ciudadanía de la Unión, que se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla; (...) Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en la Constitución*”; (ii) prohibía en su artículo III-137 “*las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro*”, teniendo derecho los nacionales de un Estado miembro “*en el territorio de otro Estado miembro, a acceder a las actividades por cuenta propia y a ejercerlas, así como a constituir y gestionar empresas y, especialmente, sociedades*”; y (iii) determinaba en su artículo III-142, que “*las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión (...) quedarán equiparadas a las personas físicas nacionales de los Estados miembros*”.

Fue el Tratado de Maastricht el que introdujo la ciudadanía europea para los nacionales de los Estados miembros. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) la recoge en su artículo 20¹³⁷³ y la desarrolla en sus artículos 21 a 23. Esas disposiciones del aquel Tratado, relativas a la ciudadanía de la Unión, no son susceptibles de interpretación extensiva o analógica, ni confieren ningún derecho autónomo a los nacionales de terceros países¹³⁷⁴. Como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos nacionales que se encuentren en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del TFUE, independientemente de su

nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico¹³⁷⁵. De tal manera que, todo ciudadano de la Unión puede invocar la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, impuesta por el artículo 18 del TFUE¹³⁷⁶. El estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros¹³⁷⁷ con lo que, a la postre se produce una cierta confusión entre “ciudadano”¹³⁷⁸ y “nacional”.

El estatuto de ciudadano de la Unión Europea en cierta medida “diluye” el elemento de extranjería. Así *“el traslado al territorio español del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley de otro Estado de la Unión Europea no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad. No obstante, deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España”* (artículo 94.1 LME). Esa referencia a los Tratados y Convenios Internacionales no excluye, sino que más bien presupone, que las *“sociedades tienen una nacionalidad, aun cuando en esta ‘vexata quaestio’ se utilice el término ‘nacionalidad’ de una forma analógica a como se emplea para las personas físicas a pesar de sus diferencias manifiestas”*¹³⁷⁹.

La Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea), constituye el supuesto paradigmático de personas jurídicas con “ciudadanía europea”¹³⁸⁰, pues mediante ella se pretenden eludir los inconvenientes de una adscripción nacional ordinaria, esto es con el grado de intensidad psicológica y emocional, y sus secuelas jurídicas, que la atribución de una nacionalidad generalmente comporta¹³⁸¹. Una cosa es que la Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea) sea considerada como una sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social y otra muy distinta es que tenga la nacionalidad de ese Estado miembro. La Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea) es una sociedad de “carácter específico y comunitario”, equiparable al tipo sociedad anónima vigente en la cultura jurídica europea. La afirmación del carácter multinacional europeo¹³⁸², es equívoca, pero la “ciudadanía europea” tiene sentido supranacional¹³⁸³, y ha de referirse a la circunstancia de que las sociedades anónimas, “al menos dos de ellas” (artículo 2.1), estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes que intervienen en su constitución han de tener nacionalidad de diferentes Estados Europeos¹³⁸⁴.

En el sentido expuesto es de precisarse que si bien el domicilio social de la SE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además, los Estados miembros podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar (artículo 7 del Reglamento 2157/2001), resulta que aquella sociedad podrá trasladar el domicilio social a otro Estado miembro sin que ello comporte la “disolución de la SE ni a la creación de una nueva persona jurídica (artículo 8.1 del Reglamento 2157/2001). Esto es indicio relevante de la ausencia de la imposición o adquisición de la nacionalidad concreta del Estado miembro de su sede real. Incluso a pesar de que *“la legislación de un Estado miembro podrá establecer, en lo que respecta a las SE registradas en su territorio,*

que un traslado de domicilio que suponga un cambio de la legislación aplicable no surtirá efecto si, en el plazo de dos meses contemplado en el apartado 6, la autoridad competente de dicho Estado miembro se opusiere a ello. Sólo podrá producirse esta oposición por razones de interés público” (artículo 8.14 del Reglamento 2157/2001)¹³⁸⁵.

La ciudadanía europea de la Sociedad Anónima Europea (*Societas Europaea*) supera y no se identifica con los nacionalismos decimonónicos subsistentes y renacientes en espacios más localistas y reducidos¹³⁸⁶. Así se alude a que la Sociedad Anónima Europea, haciendo honor a su denominación como “*Societas Europaea*”, dispone de una singular “nacionalidad mixta - nacional/comunitaria”¹³⁸⁷. Abunda en éste sentido el Reglamento 2157/2001 que admite la participación en la constitución de una SE mediante fusión de sociedades anónimas que no tengan su administración central en la Unión Europea¹³⁸⁸, al recoger que “*los Estados miembros podrán disponer que una sociedad que no tenga su administración central en la Comunidad pueda participar en la constitución de una SE siempre y cuando esa sociedad esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en ese mismo Estado miembro y tenga una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro*” (artículo 2.5), entendiendo que esa vinculación efectiva y continua “*existe en particular si una sociedad tiene un establecimiento en dicho Estado miembro y realiza operaciones desde el mismo*”¹³⁸⁹.

La posibilidad señalada en el párrafo anterior ha sido acogida en nuestro ordenamiento (artículo 465 LSC, “participación de otras sociedades en la constitución de una sociedad anónima europea), al indicarse que “*en la constitución de una sociedad anónima europea que se haya de domiciliar en España, además de las sociedades indicadas en el Reglamento (CE) n° 2157/2001, podrán participar las sociedades que, aun cuando no tengan su administración central en la Unión Europea, estén constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tengan en él su domicilio y una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro. Se presume que existe vinculación efectiva cuando la sociedad tenga un establecimiento en dicho Estado miembro desde el que dirija y realice sus operaciones*”.

8.4.2.5.3.3. Aspectos específicos de la constitución mediante fusión de una Sociedad Anónima Europea (*Societas Europaea*).

Las sociedades anónimas “*constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que tengan su domicilio social y su administración central en la Comunidad, podrán constituir una SE mediante fusión, siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes*”, establece el artículo 2.1 del Reglamento SAE. A su vez la Directiva 2001/86/CE del Consejo de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, a regula la implicación de los trabajadores (también “**DITSAE**”). Según el artículo 465 LSC -Participación de otras sociedades en la constitución de una sociedad anónima europea- “*en la constitución de una sociedad anónima europea que se haya de domiciliar en*

España, además de las sociedades indicadas en el Reglamento (CE) n° 2157/2001, podrán participar las sociedades que, aun cuando no tengan su administración central en la Unión Europea, estén constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tengan en él su domicilio y una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro”, presumiéndose la existencia de esa vinculación efectiva “cuando la sociedad tenga un establecimiento en dicho Estado miembro desde el que dirija y realice sus operaciones”.

La constitución mediante fusión de un Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea), es ajena *“a lo que sería la configuración de un régimen jurídico que incidiera directamente en el ámbito de lo que sería la regulación de una fusión nacional, así como también es extraño a lo que serían fusiones transfronterizas en sentido estricto por no perseguir, ni conllevar como resultado, la constitución de una SA. con nacionalidad de algo de los Estados miembros de la UE, o la absorción por parte de una SA de alguno de los Estados miembros de SA de otros Estados”*¹³⁹⁰. Efectivamente, tanto por la naturaleza de la norma que regula la Sociedad Anónima Europea, un Reglamento, como por la remisión que se le hace por nuestra normativa¹³⁹¹, su régimen y regulación es típica del derecho de la Unión Europea, bien que haga remisiones a los derechos nacionales.

Se afirma que la norma europea reguladora, contempla un específico régimen de fusión cuya finalidad es crear una SE como sociedad anónima de dimensión europea, diferenciado tanto del propio de las fusiones nacionales o internas como de las fusiones transfronterizas intracomunitarias¹³⁹². La Sociedad Anónima Europea es una sociedad de capital por acciones¹³⁹³, *“régimen que mejor se adapta, tanto desde el punto de vista financiero como del de su gestión, a las necesidades de las empresas que lleven a cabo sus actividades a escala europea”*¹³⁹⁴. El *“capital de la SE estará dividido en acciones. Cada accionista sólo responderá hasta el límite del capital que haya suscrito”* y *“la SE tendrá personalidad jurídica propia”* (artículo 1.2 y 3 del Reglamento 2157/2001). Esta naturaleza ha llevado a admitir que una Sociedad Anónima Europea pueda participar en la constitución de otra Sociedad Anónima Europea¹³⁹⁵.

Cuestión singular en la constitución de una Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea), es la determinación de si siempre se produce la constitución de una nueva sociedad, la Societas Europaea, lo que parece indicar el Reglamento 2157/2001 cuando afirma, en su artículo 17.2, último párrafo, que *“en caso de fusión por absorción, la sociedad absorbente adoptará la forma de SE simultáneamente a la fusión”*¹³⁹⁶. *En caso de fusión por constitución de una nueva sociedad, la SE será la nueva sociedad”*. Se afirma que en el caso en que la sociedad absorbente fuera una Societas Europea no habría de “adoptar” la forma de Sociedad Anónima Europea, lo cual es cierto pues ya se corresponde con ese tipo. Afirmándose que *“admitir que la fusión por absorción es una modalidad de constitución de una SE, es una retórica legal con la que se difumina todavía más el rigor jurídico del término “constitución” si es que la sociedad absorbente era ya una SE constituida con anterioridad”*¹³⁹⁷. Pero lo que ocurre en ese supuesto es que no se está constituyendo una Sociedad Anónima Europea, sino que se está produciendo una fusión específica transfronteriza del tipo Sociedad Anónima Europea, no sujeta a la normativa específica nacional y de la Unión Europea relativa a fusiones transfronterizas intracomunitarias, sino al Reglamento 2157/2001, antes aludido¹³⁹⁸.

En otra perspectiva se afirma que: (i) “*Ante las dos modalidades existentes de fusión (por absorción y por constitución) que el Reglamento reconoce (art. 17), es sólo con respecto de esta última donde se puede en puridad hablar de constitución de una nueva sociedad. La fusión por absorción es, en su caso, una modificación estructural de una sociedad ya existente. Lo que sucede en esta modalidad es que, técnicamente hablando, una sociedad anónima ya existente absorbe a otra u otras sociedades anónimas, que dejan de existir, a la vez que modifica su tipo, salvo que ya fuera una SE y aunque el legislador parezca no haber recapacitado en ello cuando indica que “en caso de fusión por absorción”. Adoptará la forma de SE, simultáneamente a la fusión”; mientras que sí que “en caso de fusión por constitución de una nueva sociedad, la SE será la nueva sociedad” (art.17.2.b), produciéndose el nacimiento de una sociedad que antes no existía*”¹³⁹⁹; (ii) “*La fusión en alguna de sus modalidades (fusión por constitución de una SE) tiene como resultado la creación de una nueva sociedad, lo que no sucede cuando simplemente se produce la transformación del tipo (fusión por absorción para crear una SE), pero conceptualmente hablando no existe, en ninguno de los casos, en puridad una constitución de sociedad, y ni siquiera de una fusión por constitución se puede decir, acriticamente, que está sometida a las exigencias técnico jurídicas que conforman aquella*”¹⁴⁰⁰.

En materia de constitución de una Sociedad Anónima Europea mediante fusión adquiere especial relevancia la afirmación de que “*la fusión tiene sus propias normas ordenadoras, diversas en muchos aspectos de las propias de la constitución de una sociedad y a las que con frecuencia sustituye o desplaza, por lo que constituye otra técnica de creación de sociedades diversa de la constitución en sentido estricto y que, por tanto, desplaza lo que pudiera ser la aplicación mimética de este régimen en muchos de sus aspectos*”¹⁴⁰¹. Igualmente relevante es la “implicación” los trabajadores. Efectivamente “*la centralidad de los derechos de implicación de los trabajadores en el establecimiento y funcionamiento de la sociedad anónima europea, constituye, seguro, uno de los principios que ha venido informando, a lo largo de su dilatado proceso de elaboración, la norma comunitaria en la materia. Sintetizando una máxima bien conocida, según la cual “no hay sociedad europea sin implicación” (pas de société européenne sans une certaine forme d’implication), ese principio tiene una cobertura normativa. De un lado, el RSAE (Reglamento SAE) califica a la DITSE y a los derechos de implicación que la misma regula como complemento indispensable de la propia sociedad europea. De otro, el art. 1.2 DITSE dispone que “a tal fin se establecerán disposiciones sobre implicación de los trabajadores en cada SE*”¹⁴⁰².

La remisión que el Reglamento 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea efectúa a las legislaciones nacionales en materia de constitución de aquellas sociedades (“*la constitución de una SE se regirá por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en que la SE fije su domicilio social*”, art. 15.1), se ha de tomar “*cum grano salis*”, a más de la advertencia contenida en aquella norma según la cual la remisión se efectúa “*a salvo lo dispuesto en el presente Reglamento*”, pues “*el juego de fuentes y la diversa naturaleza de una constitución y una fusión, lleva a que ésta tenga sus propias técnicas diferenciadas de lo que es la constitución de una sociedad en sentido estricto, y que las desplace, de forma que, a veces, imposibilite su aplicación como consecuencia de obedecer a técnicas jurídicas diferentes, y que otras, sin embargo, el régimen de constitución de sociedades entre en juego en todo aquello en lo que existía una identidad de razón cuando la fusión tiene como resultado una nueva sociedad*”¹⁴⁰³.

8.4.2.5.4. Fusión de sociedades anónimas nacionales (españolas) y extranjeras

La coexistencia de diferentes modelos de determinación de la nacionalidad determina un potencial ámbito de conflictividad¹⁴⁰⁴ en los procesos de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

En nuestro ordenamiento jurídico cabe afirmar que el artículo 9.11.1 CC no indica qué sociedades son españolas y qué sociedades no ostentan esta nacionalidad, teniendo que acudir a otras normas para resolver la cuestión. En todo caso ha de partirse de que aquella norma y las equivalentes en otros ordenamientos jurídicos no establecen la nacionalidad de las personas jurídicas, sino que p. e.j. la norma española se limita a determinar en qué casos las sociedades anónimas-personas jurídicas ostentan la nacionalidad española, para indicar cuando la ley española rige la sociedad¹⁴⁰⁵. Esto es, en puridad, cabe afirmar que las sociedades anónimas no ostentan ninguna nacionalidad, solamente se rigen por un ordenamiento estatal determinado¹⁴⁰⁶.

En el modelo español, el criterio para la atribución de la nacionalidad a las sociedades en general es, en principio, el de la constitución, de tal manera que la sujeción a la ley española viene determinada por la constitución de la sociedad con arreglo a las normas española (artículos 28 CC, 15 C. de c), lo que sólo exige que su domicilio estatutario o formal esté en España, con independencia de donde tenga la sociedad su centro efectivo de explotación o administración¹⁴⁰⁷. Así resultan ser españolas, conforme esta posición las sociedades “constituidas y domiciliadas en España”, siendo “extranjeras” tanto las sociedades constituidas en el extranjero como aquellas que habiendo sido constituidas en España trasladan su domicilio al extranjero. Esto, por supuesto, no impide que pueda adquirir la nacionalidad española una sociedad que constituida en el extranjero, adapte su régimen jurídico al sistema español y fije su domicilio en España¹⁴⁰⁸.

No obstante, para las sociedades de capital resulta que las que tengan su domicilio social (estatutario o registral) en España, son españolas, por lo que se someten al Derecho español y en consecuencia deben constituirse conforme a la ley española (artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, LSC)¹⁴⁰⁹. También se afirma que la nacionalidad de las sociedades anónimas se corresponde con el lugar del domicilio social y del domicilio efectivo o sede real, de tal manera para los partidarios de esta última tesis sólo serán españolas las sociedades anónimas que tengan su domicilio estatutario en España y además su domicilio efectivo o sede real también en territorio español o cuyo principal centro de explotación se encontrara en España (artículos 8 y 9 LSC)¹⁴¹⁰.

La PCM (artículo 212-9 PCM. “Aplicación de la ley personal) indica respecto de esta cuestión que; (i) La ley personal regirá el tipo social; (ii) Esta misma ley regirá la irregularidad y la nulidad de la sociedad.

Según la misma legislación proyectada (artículos 212-7 PCM, “Nacionalidad”, y artículo 212-8 PCM, “Sociedades extranjeras: ley personal”: (i) “1. *Serán españolas y se regirán por las disposiciones de este Código las sociedades mercantiles constituidas conforme a la ley española.* 2. *Las sociedades mercantiles que desarrollen sus actividades total o casi totalmente en España deberán constituirse conforme a la ley española, salvo que tengan vínculo real con otro Estado. Se presumirá que no existe ese vínculo cuando la administración o el centro de la actividad principal se hallen en España. El incumplimiento del deber anteriormente establecido determinará la aplicación a la sociedad de lo dispuesto en este Código para las sociedades mercantiles no inscritas.* 3. *Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior las sociedades mercantiles constituidas conforme a la ley de un Estado parte del Espacio Económico Europeo, cuya sede social, administración o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo*”; (ii) “1. *A los fines del presente Código, serán consideradas extranjeras las sociedades no constituidas conforme al Derecho español.* 2. *Las sociedades extranjeras se regirán por la ley del país conforme a cuyo Derecho se hayan constituido. Si no es posible determinar bajo qué ley se ha constituido una sociedad, ésta se regirá por la ley del Estado con el cual presente los vínculos más estrechos.* 3. *Las sociedades mercantiles extranjeras podrán ejercer su actividad en España así como establecer una o más sucursales que habrán de cumplir las obligaciones de publicidad conforme a la legislación española.* 4. *Las sociedades mercantiles extranjeras deberán hacer constar en la documentación relativa a sus operaciones en España su nacionalidad o la ley del Estado conforme a la cual se hayan constituido y su domicilio social.* 5. *Salvo sociedades mercantiles constituidas en otro Estado parte del Espacio Económico Europeo, en caso de incumplimiento de este deber de información, la responsabilidad frente a terceros de quienes actúen en nombre de la sociedad se regirá por lo dispuesto en este Código para las sociedades españolas del tipo correspondiente, salvo que la otra parte conociera o hubiera debido conocer la ley personal de esa sociedad*”.

Respecto de las fusiones transfronterizas se precisa (artículo 263-38. “Régimen jurídico aplicable”, que: “1. *Son aplicables a las fusiones transfronterizas las respectivas leyes nacionales.* 2. *Son aplicables a las fusiones transfronterizas intracomunitarias las disposiciones de esta Sección y supletoriamente las disposiciones que rigen la fusión en general.*

El criterio general de atribución de la nacionalidad española a las sociedades mercantiles, antes indicado según nuestro ordenamiento jurídico, ha de ser reconsiderado para las sociedades anónimas, a la vista de la dicción del artículo 8 LSC, según el cual “*serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido*”¹⁴¹¹. Lo cual no impide que también se establezca que “*las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación*” y que “*las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España*” (artículo 9), con una regla conflictual particular, según la cual en caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería según (lo anteriormente indicado), los terceros podrán considerar como domicilio “*cualquiera de ellos*” (artículo 10). Lo anterior, por supuesto, no es óbice para que las sociedades de capital puedan abrir sucursales en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero (artículo 11).

De aquellas normas se infiere las sociedades anónimas que han de considerarse españolas teniendo en cuenta el domicilio social, no pudiendo aquel ser un domicilio ficticio, puesto que ha de ser aquel en el que se encuentre su principal establecimiento o explotación. Consecuentemente no es lo más relevante el criterio del lugar de su constitución¹⁴¹² por ello tendrá nacionalidad española no solo la sociedad anónima constituida en España sino también aquella que habiéndose constituido en otro país, “el extranjero”, fije su domicilio en España, ya sea en el momento de su constitución o en otro posterior¹⁴¹³. En ese régimen de atribución de la nacionalidad española interfieren tanto la cuestión de las “pseudo-foreign corporations” (falsas sociedades extranjeras) a las que se aplicará el derecho español, así como la cuestión del traslado del domicilio al extranjero.

A este respecto, el artículo 94.1 de la LME, establece que *“el traslado al territorio español del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley de otro Estado parte del Espacio Económico Europeo no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad. No obstante, deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España. En particular, las sociedades extranjeras de capital que pretendan trasladar su domicilio social a España desde un Estado que no forme parte del Espacio Económico Europeo deberán justificar con informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra del capital social exigido por el Derecho español”* y que esa misma regla *“se aplicará al traslado a España del domicilio de sociedades constituidas conforme a la ley de otros Estados, si su ley personal lo permite con mantenimiento de la personalidad jurídica”*. Esto es, habrá que diferenciar en función de la “ciudadanía de la Unión Europea” de la sociedad anónima. También debe subrayarse que los socios tienen una amplia autonomía de la voluntad conflictual¹⁴¹⁴.

El Derecho de la Unión Europea, si bien no afecta a la determinación de la nacionalidad, que se deja al ámbito estricto de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sin embargo operando sobre el fundamental “derecho de establecimiento” se aplicará a la sociedad resultante de un proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

El traslado de domicilio al extranjero confirma el régimen indicado de atribución de la nacionalidad española para las sociedades anónimas, al establecer que *“el traslado del domicilio social, así como la correspondiente modificación de la escritura social o de los estatutos, surtirán efectos en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el Registro del nuevo domicilio”*, y que *“la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil tendrá lugar cuando se aporten el certificado que acredite la inscripción de la sociedad en el Registro de su nuevo domicilio social y los anuncios de esa inscripción en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en que la sociedad hubiera tenido su domicilio”* (artículos 102 y 103 LME), y no puede olvidarse que la sociedad anónima constituye *“el paradigma del efecto constitutivo de la inscripción registral”*¹⁴¹⁵.

Esto es, si el cambio de domicilio de la sociedad anónima se efectuase al extranjero se estará a lo dispuesto en los Convenios internacionales vigentes en España o a lo

establecido en la Directiva de Fusiones Transfronterizas (en el caso de que el traslado de domicilio sea consecuencia de la fusión), y en las legislaciones nacionales del nuevo domicilio, lo que no excluirá conflictos y posible concurrencia de nacionalidades. No obstante, en todo caso, el Registrador competente en razón del domicilio de la sociedad que se traslada certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la entidad antes del traslado, y no cancelará la hoja de la sociedad hasta que reciba una comunicación del tribunal, notario u autoridad competente del nuevo domicilio acreditativa de la inscripción de la sociedad, solamente una vez recibida ésta, cancelará la hoja de la sociedad y extenderá nota de referencia expresiva de los nuevos datos registrales. Pero si el Convenio internacional aplicable previese el mantenimiento de la nacionalidad española de la sociedad, las inscripciones se trasladarán a la hoja que se le abra en el Registro Mercantil Central, en la que se practicarán en lo sucesivo los asientos correspondientes a dicha sociedad (artículo 20 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. RRM). Es decir, son los Tratados y Convenios Internacionales aplicables en su caso, los que determinarán la pérdida de la nacionalidad española para cuando la sociedad anónima traslade su domicilio al extranjero, en especial que el convenio o Tratado Internacional aplicable no previera que a pesar del cambio de domicilio al extranjero la sociedad anónima siguiese manteniendo la nacionalidad española, pero no es hipótesis derivable de manera inmediata de una fusión, por más que sí pueda ocurrir como consecuencia mediata de la misma¹⁴¹⁶.

Además de la posibilidad de que las sociedades anónimas pierdan la nacionalidad española, es preciso detenerse en la cuestión de la posible doble nacionalidad de aquellas. Efectivamente, la atribución simultánea de dos nacionalidades a una misma sociedad puede producirse por la constitución de la sociedad conforme a la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea, con la presencia de otra nacionalidad *de facto* atribuible a esa misma sociedad. En este caso aquellas posibles nacionalidades concurrentes no operan alternativamente, sino que se aplicará la legislación del Estado de la Unión Europea que corresponda conforme a los criterios precitados y que será la *lex societatis*. Si la sociedad tuviera nacionalidad española y además se pudiera invocar válidamente la nacionalidad de otro Estado miembro de la Unión, prevalecerá la nacionalidad española, siendo ésta legislación su *lex societatis*. Para cuando la constitución de la sociedad se hubiere llevado cabo según la ley de un tercer Estado, no miembro de la Unión Europea, y se pudiese invocar otra nacionalidad de facto, si ésta última es la española, se considerará una sociedad española irregular. Si la nacionalidad de facto fuera de otro Estado miembro de la Unión Europea habrá de estarse a la legislación de ese Estado miembro, que ordinariamente previenen efectos comparables a los de la irregularidad en nuestro sistema jurídico, bien que deba diferenciarse entre ordenamientos influenciados por el sistema anglosajón y los correspondientes al sistema continental¹⁴¹⁷, con soluciones semejantes en otros sistemas jurídicos¹⁴¹⁸.

⁶³¹ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 379, precisa que ese concepto, establecido en el artículo 22 de la ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, “es deudor del que, sin mencionarlo, podía deducirse del conjunto de notas configuradoras del mismo que la LSA ofrecía de forma dispersa y asistemática (arts. 233 y 247), sin que se produzcan cambios en torno a lo que se podría considerar su estructura nuclear, aunque el concepto de la fusión se construya ahora sobre la sociedades mercantiles inscritas y sin consideración específica al tipo con el que se presenten”; Bien que conlleve “complicaciones adicionales respecto de la fusión interna”, indica ESTEBAN RAMOS, L. M^a, op. cit. (*Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección*), p. 42.

⁶³² Considerando (4) de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas de la Unión Europea.

⁶³³ “Son aplicables a las fusiones transfronterizas intracomunitarias las disposiciones de este Capítulo y supletoriamente las disposiciones que rigen la fusión en general”, indica el artículo 55 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles.

⁶³⁴ ESTEBAN RAMOS, L. M^a, op. cit. (*Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección*), p. 52.

⁶³⁵ SEQUEIRA MARTÍN, A., “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas”, RdS, núm. 31, año 2008-2, p. 51, que precisa lo siguiente “el concepto legal de fusión transfronteriza se centra exclusivamente en destacar las notas que añaden al a fusión su naturaleza de transfronteriza, pero sin especificar lo que es la fusión en sí misma considerada (art. 52). Se parte por tanto del concepto general de fusión y de las clases de fusión (...), que coincide con el que la 10^a Directiva ofrece (art. 2.2), aunque hay una cierta flexibilidad en la calificación del supuesto de fusión transfronteriza al admitirse que el que la compensación de efectivo que forma aparte de la relación de canje supere el 10% del valor nominal o, en su defecto, contable de las acciones. No sea obstáculo para la realización de estas fusiones (art. 55), haciendo incluso uso de la flexibilidad que la Directiva permite a éstos efectos”.

⁶³⁶ Hasta la definición establecida en el artículo 22 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles; LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 65.

⁶³⁷ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 383.

⁶³⁸ “Hasta los años ochenta, la mayoría de la actividad en fusiones y adquisiciones era realizada por empresas americanas o inglesas, pero en ésta última década el protagonismo de otros países industrializados ha crecido de manera notable, especialmente en Europa continental (...). Dentro de Europa, el Reino Unido siempre ha sido el país más activo en la compra de empresas extranjeras (...), seguido de Francia, con un valor de compras que aumentó de 21,8 millardos de dólares en 1990 a 168,7 millardos de dólares en 2000. Las empresas alemanas solamente empezaron a comprar empresas extranjeras en la oleada de fusiones más reciente: el año más activo fue 1999, con un valor agregado de negocio de 85,5 millardos de dólares. Países Bajos y España son los siguientes en la clasificación de mayores compradores. El crecimiento de las fusiones en Europa supone que actualmente Estados Unidos es vendedor neto de empresas, en tanto que Europa es compradora: en el año 2000 se vendieron empresas europeas por valor de 587 millardos de dólares, mientras que el valor de las compras que hicieron las empresas europeas ascendió a un total de 802 millardos de dólares. Los valores equivalentes en Estados Unidos fueron de 324 y 159 millardo de dólares, respectivamente. El papel de China es básicamente el de región destino de fusiones y adquisiciones. En el 2001, las ventas en fusiones y adquisiciones alcanzaron la cifra local más alta, con 10,6 millardos de dólares. Sin embargo, las compras llegaron sólo a los 1,6 millardos de dólares. Japón, aunque pueda sorprender dado su tamaño, no participa en la actividad transfronteriza de fusiones y adquisiciones. Incluso en el boom del año 2000, los cuerdos cerrados por las empresas japonesas fueron de “solamente” 20,8 millardos de dólares. A modo de comparación, en el mismo período en estados Unidos se alcanzaron los 159 millardos, y en el Reino Unido, los 382 millardos de dólares. La actividad de los nuevos Estados miembros de la UE como compradores es insignificante, pero en cambio constituyen un foco importante de atracción de operaciones. En estos países, la actividad de fusiones ha pasado de ser nula en 1989 hasta un valor total de 18 millardos de dólares en 2001. Hungría, Polonia y la República Checa son los países con mayor recepción de operaciones, con un valor conjunto de casi 13 millardos de dólares en 2001, mientras que el valor total de los nuevos Estados de la EU fue de 14,7 millardos de dólares. Esto representa un 88% de todas las ventas en fusiones y adquisiciones transfronterizas. (...). En 1990, el 100% de todo el valor de las fusiones generado en ésta zona estaba clasificado como actividad transfronteriza. A partir de entonces, esta proporción descendió hasta el

63% en 2003, para recuperar la tendencia creciente en 2004. Este es un porcentaje alto si lo comparamos con economías más desarrolladas”, indican LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPONONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, op. cit. (*Fusiones y política de la competencia en Europa*), pp. 5-6; El “Informe Sobre las Inversiones en el Mundo 2013, Panorama General”, Nueva York y Ginebra, 2013, de la de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), ofrece los siguientes datos:

Fusiones y adquisiciones transfronterizas (en millardos de dólares)

1990.....99

2005-2007.....703 (promedio anterior a la crisis)

2010344

2011.....555

2012..... 308

El diario económico Expansión del 17 de junio de 2014, dedica su p. 34, a un artículo titulado: “Los bufetes siguen apostando por las fusiones transoceánicas”; En el diario El Economista del 6 de mayo de 2014, en p. 13, bajo el título “Vuelven las grandes fusiones y en lo que va de año superan a las de 2007”, VÍGARO, A, afirma que “se confirma. Han vuelto las grandes operaciones de compras y fusiones de compañías en todo el mundo. La oleada de operaciones que se están sucediendo en los últimos días, sobre todo en el sector farmacéutico, han apuntalado si cabe la tendencia de los cuatro primeros meses de este 2014. En lo que llevamos de año (...), ya se han producido o se están cerrando hasta 15 grandes operaciones por más de 10.000 millones de dólares (7.2000 millones de euros). En su conjunto suman ya un montante de 310.000 millones de euros. Esta cifra supone el mayor número de fusiones y compras por volumen desde 2007. Además, si se añaden los acuerdos por menos cantidad (por debajo de los 10.000 millones de dólares), el volumen de negocio de este año superará hasta en un 50 por ciento las llevadas a cabo el pasado año 2013: los analistas consideran que la fiebre inversora ha vuelto para quedarse y por lo tanto seguirá la ola de adquisiciones, al menos hasta final de año”; La revista Economist&Jurist del 13 de febrero de 2015, se abre con una artículo titulado “Las operaciones transfronterizas reactivan la actividad de fusiones y adquisiciones en España”.

⁶³⁹Model Business Corporation Act de 1946, que no sería hasta 1950 en que la American Bar Association formulada como un código uniforme y que ha sido revisada sucesivamente siendo las más relevantes las de 1960, 1969, 1974, 1984, 1996, 1998, 2002, 20005, 2006, 2009 y 2010, habiendo sido adoptada entre otras por la Florida Business Corporation Act, Georgia Business Corporation Code, Illinois Business Corporation Act, New Hampshire Business Corporation Act, North Carolina Business Corporation Act, South Carolina Business Corporation Act, Washington Business Corporation Act, y Wisconsin Business Corporation Law.

⁶⁴⁰ Title 8, Chapter 1 of the Delaware Code. En su sección o el parágrafo 252, se indica lo siguiente: “Merger or Consolidation of Domestic and Foreign Corporations; Service of Process Upon Surviving or Resulting Corporation: (a) Any 1 or more corporations of this State may merge or consolidate with 1 or more other corporations of any other state or states of the United States, or of the District of Columbia if the laws of the other state or states, or of the District permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction. The constituent corporations may merge into a single corporation, which may be any 1 of the constituent corporations, or they may consolidate into a new corporation formed by the consolidation, which may be a corporation of the state of incorporation of any 1 of the constituent corporations, pursuant to an agreement of merger or consolidation, as the case may be, complying and approved in accordance with this section. In addition, any 1 or more corporations existing under the laws of this State may merge or consolidate with 1 or more corporations organized under the laws of any jurisdiction other than 1 of the United States if the laws under which the other corporation or corporations are organized permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction”. Esta norma ha servido de referente a leyes sobre corporaciones de importantes Estados de los Estados Unidos, como New Jersey, New York y Puerto Rico. Así en la Exposición de Motivos de la Ley General de Corporaciones, ley núm. 164, de 16 de diciembre de 2009, de éste último Estado, se indica lo siguiente: “El estado de Delaware siempre se ha distinguido por estar en la delantera en materia de corporaciones. Por tal motivo, la legislación anterior, la Ley Núm. 144 de 10 de agosto de 1995, según enmendada, se basó en la Ley del estado de Delaware vigente en aquel momento. Desde entonces, dicha Ley ha sufrido numerosas enmiendas para atemperarla a los desarrollos comerciales, incluyendo, entre otros, los avances en el área de tecnología, informática y comunicaciones. Utilizando como modelo la Ley Corporativa de Delaware, esta Ley armoniza y atempera nuestro estatuto a las nuevas realidades corporativas”. En la página oficial del estado de

Delaware se indica lo siguiente: “Delaware es la jurisdicción líder para corporaciones públicas listadas en bolsas de valores estadounidenses. Más de la mitad de dichas corporaciones (incluyendo el 64% de las compañías de Fortune 500) han escogido Delaware para incorporarse. Delaware es también la jurisdicción líder para incorporaciones fuera de estado, en donde una corporación cuyas oficinas principales se encuentran en un estado decide incorporarse en otro estado”, que “las leyes comerciales del Estado de Delaware generalmente ofrecen una serie de ventajas a los negocios internacionales. La ley de Delaware también permite y ofrece procedimientos eficientes para combinaciones empresariales y otras transacciones, incluyendo fusiones, transferencias y conversiones. Delaware provee un número de métodos alternativos por medio de los cuales las combinaciones empresariales pueden ser realizados, incluyendo fusiones y ventas de activos”, y que “en comparación con muchas leyes corporativas internacionales, que pueden involucrar más regulación o requerir procedimientos más onerosos, tales como “esquemas de organización” (“schemes of arrangement”), los métodos legales de Delaware para completar fusiones y adquisiciones son flexibles y han sido probados por un uso real, efectivo y eficiente por varias generaciones. Por esa razón, incluso muchas corporaciones americanas domiciliadas en otros estados de los Estados Unidos se han reincorporado en Delaware específicamente porque esperan involucrarse en un mayor nivel de actividad en fusiones y adquisiciones y ven a Delaware como el estado cuyas leyes más eficientemente facilitan dichas transacciones”.

⁶⁴¹ Del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011

⁶⁴²“(a) “Merger” means a business combination pursuant to section 11.02”.

⁶⁴³“(a) One or more domestic business corporations may merge with one or more domestic or foreign business corporations or eligible entities pursuant to a plan of merger, or two or more foreign business corporations or domestic or foreign eligible entities may merge into a new domestic business corporation to be created in the merger in the manner provided in this chapter.(b) A foreign business corporation, or a foreign eligible entity, maybe a party to a merger with a domestic business corporation, or may be created by the terms of the plan of merger, only if the merger is permitted by the foreign business corporation or eligible entity”; Según la Hawaii Business Corporation Act, Chapter 414, parágrafo §414-311 Merger, establece lo siguiente:“(a)Pursuant to a plan of merger adopted by the board of directors and approved by the shareholders (if required under section 414-313), a domestic or foreign corporation may merge (...) with one or more corporations (...) formed or organized under the laws of this State, any state or territory of the United States, any foreign jurisdiction, or any combination thereof, with one of the domestic professional corporations, domestic or foreign corporations, or other business entities whether domestic or foreign, being the surviving entity, as provided in the plan; provided that the merger is permitted by the law of the state or country under whose law each foreign entity that is a party to the merger is organized.(b) The plan of merger shall set forth (...) (d) If a foreign corporation survives a merger, it shall not do business in this State until an application for a certificate of authority is filed with the department director if the foreign corporation is not already authorized to do business in the State”; Indicando en el parágrafo §414-311.6 Foreign mergers: “(a) Whenever a foreign entity authorized to transact business in this State shall be a party to a statutory merger permitted by the laws of the state or country under the laws of which it is organized, and the foreign entity shall be the surviving entity, it shall, within sixty days after the merger becomes effective, file with the department director a certificate evidencing the merger, duly authenticated by the proper officer of the state or country under the laws of which the statutory merger was effectuated. The certificate evidencing the merger shall be evidence of a change of name if the name of the surviving entity is changed thereby. If the certificate is in a foreign language, a translation under oath of the translator shall accompany the certificate. (b) Whenever a foreign entity authorized to transact business in this State shall be a party to a statutory merger permitted by the laws of the state or country under the laws of which it is organized, and that entity shall not be the surviving entity, the surviving entity shall, within sixty days after the merger becomes effective, file with the department director a certificate evidencing the merger in the form prescribed by subsection (a)”); Massachusetts Laws Part I Administration of Government, Title XXII Corporations, Chapter 156D Business Corporations, Section 11.02, Merger, establece: “One or more domestic corporations may merge with a domestic or foreign corporation or other entity pursuant to a plan of merger. (a) A foreign corporation, or a foreign other entity, may be a party to the merger, or may be created by the terms of the plan of merger, only if: (1) the merger is permitted by the laws under which the corporation or other entity is organized or by which it is governed; and (2) in effecting the merger, the corporation or other entity complies with such laws and with its articles of organization or organizational documents”.

⁶⁴⁴ Ese modelo generalmente seguido se pone en evidencia, p. e. j. en el California Corporations Code section 1100, según la cual: “Any two or more corporations may be merged into one of those corporations. A corporation may merge with one or more domestic corporations Section 167), social purpose corporations (Section 171.08), foreign corporations (Section 171), or other business entities (Section 174.5) pursuant to this chapter. Mergers in which a foreign corporation but no other business entity is a constituent party are

governed by Section 1108, mergers in which a social purpose corporation but no other business entity is a constituent party are governed by Section 1112.5, and mergers in which an other business entity is a constituent party are governed by Section 1113”, y “171. “Foreign corporation” means any corporation other than a domestic corporation and, when used in Section 191, Section 201, Section 2203, Section 2258 and Section 2259 and Chapter 21, includes a foreign association, unless otherwise stated. “Foreign corporation” as used in Chapter 21 does not include a corporation or association chartered under the laws of the United States. 1108. (a) The merger of any number of domestic corporations with any number of foreign corporations may be effected if the foreign corporations are authorized by the laws under which they are formed”; Según la sección 1108: (b) If the surviving corporation is a domestic corporation, the merger proceedings with respect to that corporation and any domestic disappearing corporation shall conform to the provisions of this chapter governing the merger of domestic corporations, but if the surviving corporation is a foreign corporation, then, subject to the requirements of subdivision (d) and of Section 407 and Chapters 12 (commencing with Section 1200) and 13 (commencing with Section 1300) (with respect to any domestic constituent corporations), the merger proceedings may be in accordance with the laws of the state or place of incorporation of the surviving corporation”; Según el Kansas. Corporation 2012 Statute: “17-6702. Merger or consolidation of domestic and foreign corporations; service of process upon surviving or resulting corporation. (a) Any one or more corporations of this state may merge or consolidate with one or more other stock corporations of any other state or states of the United States, or of the District of Columbia if the laws of such other jurisdiction permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction. The constituent corporations may merge into a single corporation, which may be any one of the constituent corporations, or they may consolidate into a new corporation formed by the consolidation, which may be a corporation of the state of incorporation of any one of the constituent corporations, pursuant to an agreement of merger or consolidation, as the case may be, complying and approved in accordance with this section. In addition, any one or more corporations organized under the laws of any jurisdiction other than one of the United States may merge or consolidate with one or more corporations existing under the laws of this state, if the laws under which the other corporation or corporations are formed permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction”; Precisa la Section 11.02. Merger, General Laws of Massachusetts: “One or more domestic corporations may merge with a domestic or foreign corporation or other entity pursuant to a plan of merger. (a) A foreign corporation, or a foreign other entity, may be a party to the merger, or may be created by the terms of the plan of merger, only if: (1) the merger is permitted by the laws under which the corporation or other entity is organized or by which it is governed; and (2) in effecting the merger, the corporation or other entity complies with such laws and with its articles of organization or organizational documents”; El Ohio Revised Code, Title (17) XVII Corporations-Partnerships, establece :”1701.79 Merger or consolidation into foreign corporation. (A) Pursuant to an agreement of merger or consolidation between the constituent corporations as provided in this section, a domestic corporation and, if so provided, one or more additional domestic or foreign corporations may be merged into a foreign surviving corporation, or a domestic corporation together with one or more additional domestic or foreign corporations may be consolidated into a new foreign corporation to be formed by such consolidation in a state under the laws of which a foreign constituent corporation exists, provided the provisions of Chapter 1704 of the Revised Code do not prevent the merger or consolidation from being effected. The merger or consolidation must be permitted by the laws of each state under the laws of which any foreign constituent corporation exists; (B) The agreement of merger or consolidation shall set forth the following:(1) The states under the laws of which each constituent corporation exists, and, in the case of a consolidation, the state under the laws of which the new corporation is to exist;(2) In the case of a merger, that one or more specified constituent corporations shall be merged into a specified foreign surviving corporation and, in the case of a consolidation, that the constituent corporations shall be consolidated into a new foreign corporation. The name of the surviving or new corporation may be the same as or similar to that of any constituent corporation (...)(4) The location of the principal office of the surviving or new corporation in the state under the laws of which the surviving corporation exists or the new corporation is to exist;(5) All additional statements and matters required to be set forth in such an agreement of merger or consolidation by the laws of each state under the laws of which any foreign constituent corporation exists and, in the case of a consolidation, the new corporation is to exist (...) C) The agreement of merger or consolidation may also set forth any additional provision permitted by the laws of any state under the laws of which any constituent corporation exists, consistent with the laws of the state under the laws of which the surviving corporation exists or the new corporation is to exist”; El North Dakota Century Code, Chapter 10-19.1 North Dakota Business Corporation Act, sección 10-19.1-96. Merger – Exchange - Transfer, establece : “1. With or without a business purpose, a corporation may merge with another domestic or foreign organization under a plan of merger approved in the manner provided in this section and in sections 10-19.1-97 through 10-19.1-103 and in the manner provided in the governing statute of the other organization”; Kentucky Revised Statutes, Chapter 271B.11-070 Merger (...) with foreign

corporation, precisa: (1) One (1) or more foreign corporations may merge (...) with one (1) or more domestic corporations if: (a) In a merger, the merger is permitted by the law of the state or country under whose law each foreign corporation is incorporated and each foreign corporation complies with that law in effecting the merger; (...) (c) The foreign corporation complies with KRS 271B.11-050 if it is the surviving corporation of the merger (...); and (d) Each domestic corporation complies with the applicable provisions of KRS 271B.11-010 to 271B.11-040 and, if it is the surviving corporation of the merger(...), with KRS 271B.11-050"; Iowa Code (2015)/Title XII Business Entities/Subtitle 2 Business and Professional Corporations and companies/Chapter 490 Business Corporations/490.1106 Articles of merger or share exchange/ 490.1102 Merger, establece : "1. One or more domestic corporations may merge with a domestic or foreign corporation or other entity pursuant to a plan of merger. 2. A foreign corporation, or domestic or foreign other entity, may be a party to the merger, or may be created by the terms of the plan of merger, only if both of the following are satisfied: a. The merger is permitted by the laws under which the corporation or other entity is organized or by which it is governed. b. In effecting the merger, the corporation or other entity complies with such laws and with its articles of incorporation or organizational documents".

⁶⁴⁵"1. In General. Section 11.02 authorizes mergers between one or more domestic corporations, or between one or more domestic corporations and one or more foreign corporations or domestic or foreign eligible entities. Upon the effective date of the merger the survivor becomes vested with all the assets of the corporations or eligible entities that merge into the survivor and becomes subject to their liabilities, as provided in section 11.07; 2. Applicability. A merger of a domestic corporation with a foreign corporation or a foreign other entity is authorized by chapter 11 only if the merger is permitted by the laws under which the foreign corporation or other entity is organized, and in effecting the merger the foreign business corporation or other entity complies with such laws. Whether and on what terms a foreign corporation or a foreign other entity is authorized to merge with a domestic corporation is a matter that is governed by the laws under which that corporation or other entity is organized or by which it is governed, not by chapter 11"; Wayomin Statutes, Title 17- Corporations, Partnerships and Associations, Chapter 1 - Business Corporations, Article 1 - In general: 17-16-1114. Consolidation of domestic and foreign corporations: "(a) One (1) or more foreign corporations and one (1) or more domestic corporations may be consolidated in the following manner, if the consolidation is permitted by the laws of the state under which each foreign corporation is organized".

⁶⁴⁶ "Nevertheless, certain provisions of chapter 11 have an indirect effect on a foreign corporation or foreign other entity that proposes to or does merge with a domestic corporation, because they set conditions concerning the effectiveness and effect of the merger. For example, section 11.02(c) sets forth certain requirements for the contents of a plan of merger. This section is directly applicable only to domestic corporations, but has an indirect effect on a foreign corporation or other entity that is a party to a proposed merger with a domestic corporation. In some cases, the impact of chapter 11 on a foreign corporation or foreign other entity is more direct. For example, section 11.07(d) provides that upon a merger becoming effective, a foreign corporation or foreign other entity that is the survivor of the merger is deemed to appoint the secretary of state as its agent for service of process in a proceeding to enforce the rights of shareholders of each domestic corporation that is a party to the merger to exercise appraisal rights and to agree that it will promptly pay to such shareholders the amount, if any, to which they are entitled under chapter 13. If the law under which a domestic other entity is organized does not expressly authorize it to merge with a domestic business corporation, it is intended that section 11.02(a) will provide the necessary authority. Until such time as the various laws governing the organization of each form of eligible entity have been amended to provide procedures for adopting and approving a plan of merger, subsection (b.1) provides those procedures by reference to the provisions of this subchapter applicable to domestic business corporations"

⁶⁴⁷ En el punto 3, apartado Segundo del Comentario Oficial a la sección 11.2, se precisa lo siguiente: "Although chapter 11 imposes virtually no restrictions or limitations on the terms or conditions of a merger, section 11.02(c) requires that the terms and conditions be set forth in the plan of merger".

⁶⁴⁸ Denominación propia de la práctica y legislación norteamericana, así BISBEE, E., "*Consolidation and Merger*", New York University Law Review, 1929, SCHWINGELER, T. "*The challenges of cross-border mergers & adquisitions, Cross-Border Mergers and acquisitions and the Law*", Studies in Transnational Economic Law, v. 15, Kluwer Law International 2001; La Model Business Corporations Act, publicada por la American Bar Association, adoptada por numerosos Estados de la Unión, eliminó de su regulación las referencias la consolidación o fusión por creación de una nueva sociedad, porque no es prácticamente utilizada.

⁶⁴⁹ GABNER, B. A., "*Blak's law dictionary*", novena edición, Thomsom West, Londres 2010, pp. 1078 y 3512, define consolidation" y "merger", en los siguientes términos: "a)consolidation": "The unification of two or more corporations (...) by dissolving the existing ones and creating o single new corporation (...). Also termed (with respect to corporations) consolidation of corporations"; b) "merger": "The absorption of one organization (esp. a corporation) that ceases to exist into another retains its own name and identity and

acquires the assets liabilities of former. Corporate mergers must conform to statutory formalities ad usu, must by approver by majority of the outstanding shares. Also termed corporate merger”.

⁶⁵⁰ Así la New York Business Corporation Law (según la última redacción de 2014), establece en su sección o parágrafo 9 lo siguiente: “§ 901. Power of merger or consolidation. (a) Two or more domestic corporations may, as provided in this chapter: (1) Merge into a single corporation which shall be one of the constituent corporations; or (2) Consolidate into a single corporation which shall be a new corporation to be formed pursuant to the consolidation (...), c) One or more domestic corporations and one or more other business entities, or one or more foreign corporations and one or more other business entities may as provided by any other applicable statute and this chapter: (1) Merge into a single domestic or foreign corporation or other business entity, which shall be one of the constituent entities; or (2) Consolidate into a single domestic or foreign corporation or other business entity, which shall be a new domestic or foreign corporation or other business entity to be formed pursuant to the consolidation”; Según la regulación del Estado de Kansas (2012 Statute), “Article 67. - Merger or Consolidation; 17-6701. Merger or consolidation of domestic corporations. (a) Any two or more corporations existing under the laws of this state and authorized to issue capital stock may merge into a single corporation, which may be any one of the constituent corporations or they may consolidate into a new corporation formed by the consolidation, pursuant to an agreement of merger or consolidation, as the case may be, complying and approved in accordance with this section; 17-6702. Merger or consolidation of domestic and foreign corporations; service of process upon surviving or resulting corporation. (a) Any one or more corporations of this state may merge or consolidate with one or more other stock corporations of any other state or states of the United States, or of the District of Columbia if the laws of such other jurisdiction permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction. The constituent corporations may merge into a single corporation, which may be any one of the constituent corporations, or they may consolidate into a new corporation formed by the consolidation, which may be a corporation of the state of incorporation of any one of the constituent corporations, pursuant to an agreement of merger or consolidation, as the case may be, complying and approved in accordance with this section. In addition, any one or more corporations organized under the laws of any jurisdiction other than one of the United States may merge or consolidate with one or more corporations existing under the laws of this state, if the laws under which the other corporation or corporations are formed permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction”; En el Estado de Lousiana (RS 12:1-1102). “§1-1102. Merger. A. One or more domestic business corporations may merge with one or more domestic or foreign business corporations or eligible entities pursuant to a plan of merger, or two or more eligible entities or foreign business corporations may merge into a new domestic business corporation to be created in the merger in the manner provided in this Part. B. A foreign business corporation, or a foreign eligible entity, may be a party to a merger with a domestic business corporation, or may be created by the terms of the plan of merger, only if the merger is permitted by the organic law governing the foreign business corporation or foreign eligible entity, and only if the requirements of that law concerning the merger have been satisfied. A domestic eligible entity must approve the merger in accordance with the organic law applicable to it”, y (RS 12:1357) “§1357. Merger or consolidation. Any one or more domestic limited liability companies may merge or consolidate with or into a domestic limited liability company, partnership in commendam, partnership, or business or nonprofit corporation. Any one or more domestic limited liability companies, partnerships in commendam, partnerships, or business or nonprofit corporations may merge or consolidate with or into a domestic limited liability company”; A tenor del Maine Corporations and Associations Code: § 3-102. General rule. (a) Enumeration of powers. -- A Maryland corporation having capital stock may: (1) Consolidate with one or more other Maryland or foreign corporations having capital stock to form a new consolidated corporation; (2) Merge into another Maryland or foreign corporation having capital stock, or have one or more such corporations merged into it; (3) Merge into a domestic or foreign business trust having transferable units of beneficial interest, or have one or more such business trusts merge into it; (4) Merge into a domestic or foreign limited partnership, or have one or more domestic or foreign limited partnerships merged into it; (5) Merge into a domestic or foreign limited liability company, or have one or more domestic or foreign limited liability companies merged into it; (6) Merge into a domestic or foreign partnership, or have one or more domestic or foreign partnerships merged into it”; La New Jersey Business Corporation Act establece; “4A:10-1. Procedure for merger, 14A:10-1. Procedure for merger. (1) Any two or more domestic corporations, or any one or more domestic corporations and any one or more other business entities, may merge into one of such corporations or other business entities pursuant to a plan of merger approved in the manner provided in this act” (...). 14A:10-2. Procedure for consolidation. 14A:10-2. Procedure for consolidation. (1) Any two or more domestic corporations, or any one or more corporations and any one or more other business entities, may consolidate into a new corporation or other business entity pursuant to a plan of consolidation approved in the manner provided in this act”; La Business Combination Act of 1990, de Rhode Island, establece: “§ 7-5.2-3. Definitions. - As used in this section, unless the context requires otherwise, the term: (5) “Business

combination”, when used in reference to any resident domestic corporation and any interested shareholder of the resident domestic corporation, means: (i) Any merger or consolidation of the resident domestic corporation or any subsidiary of the resident domestic corporation with: (A) The interested shareholder, or (B) Any other corporation, whether or not itself an interested shareholder of the resident domestic corporation, which is, or after the merger or consolidation would be, an affiliate or associate of the interested shareholder”; “§ 7-5.2-4. Approval of acquisitions. - (a) Notwithstanding anything contained in this chapter to the contrary, except the provisions of § 7-5.2-5, no resident domestic corporation shall engage in any business combination with any interested shareholder of the resident domestic corporation for a period of five (5) years following the interested shareholder's stock acquisition date unless the business combination or the purchase of stock made by the interested shareholder on the interested shareholder's stock acquisition date is approved by the board of directors of the resident domestic corporation prior to the interested shareholder's stock acquisition date. (b) Notwithstanding anything contained in this chapter to the contrary, except the provisions of subsection (a) and § 7-5.2-5, no resident domestic corporation shall engage at any time in any business combination with any interested shareholder of the resident domestic corporation other than a business combination specified in any one of subsections (b)(1), (b)(2), or (b)(3)”; Según la Wyoming Business Corporation Act.", article 11-Merger, share exchange, Consolidation and Conversion.; “17-16-1102. Merger. (a) One (1) or more domestic business corporations may merge with one (1) or more domestic or foreign business corporations or eligible entities pursuant to a plan of merger, or two (2) or more foreign business corporations or domestic or foreign eligible entities may merge into a new domestic business corporation to be created in the merger in the manner provided in this chapter. (b) A foreign business corporation, or a foreign eligible entity, may be a party to a merger with a domestic business corporation, or may be created by the terms of the plan of merger, only if the merger is permitted by the foreign business corporation or eligible entity. If Wyoming law does not otherwise provide procedures for the approval of a merger, a plan of merger may be adopted and approved, the merger effectuated, and appraisal rights exercised in accordance with the procedures in this article and article 13 of this chapter; “17-16-1110. Consolidation. (a) Any two (2) or more domestic corporations may consolidate into a new corporation pursuant to a plan of consolidation approved in the manner provided in this act. (b) The board of directors of each corporation shall, by a resolution adopted by each board, approve a plan of consolidation setting forth”; “17-16-1114. Consolidation of domestic and foreign corporations. (a) One (1) or more foreign corporations and one (1) or more domestic corporations may be consolidated in the following manner, if the consolidation is permitted by the laws of the state under which each foreign corporation is organized: (i) Each domestic corporation shall comply with the provisions of this act with respect to the consolidation of domestic corporations and each foreign corporation shall comply with the applicable provisions of the laws of the state under which it is organized”; 17-16-1114. Consolidation of domestic and foreign corporations. (a) One (1) or more foreign corporations and one (1) or more domestic corporations may be consolidated in the following manner, if the consolidation is permitted by the laws of the state under which each foreign corporation is organized:

(i) Each domestic corporation shall comply with the provisions of this act with respect to the consolidation of domestic corporations and each foreign corporation shall comply with the applicable provisions of the laws of the state under which it is organized;(ii) If the new corporation in a consolidation is to be governed by the laws of any state other than Wyoming, it shall comply with the provisions of this act with respect to foreign corporations if it is to transact business in Wyoming, and in every case it shall file with the secretary of state of Wyoming”.

⁶⁵¹ En ese sentido el California Corporations Code (según la última redacción de 2015) establece lo siguiente: “1100. Any two or more corporations may be merged into one of those corporations. A corporation may merge with one or more domestic corporations (Section 167), (...), foreign corporations (Section 171) (...), pursuant to this chapter. Mergers in which a foreign corporation but no other business entity is a constituent party are governed by Section 1108”; “Section 1108 (última modificación de 2015) establece: “1108. (a) The merger of any number of domestic corporations with any number of foreign corporations may be effected if the foreign corporations are authorized by the laws under which they are formed to effect the merger. The surviving corporation may be any one of the constituent corporations and shall continue to exist under the laws of the state or place of its incorporation”; Al tenor del Kentucky Revised Statutes (KRS): “271B.11-010 Merger. (1) One (1) or more corporations may merge into another corporation if the board of directors of each corporation adopts and its shareholders (if required by KRS 271B.11-030) approve a plan of merger”; Según la Maine Business Corporation Act: “§1102. Merger. 1. General authority of domestic corporations. One or more domestic business corporations may merge with one or more domestic or foreign business corporations or eligible entities pursuant to a plan of merger under this section. 2. Merger with foreign entities. A foreign business corporation or a foreign eligible entity may be a party to a merger with a domestic business corporation or may be created by the terms of a plan of merger under this section only if the merger is permitted by the laws under which the foreign business corporation or eligible entity is organized or by

which it is governed; and, 3. Merger not contemplated in organic law. If the organic law of a domestic eligible entity does not provide procedures for the approval of a merger, a plan of merger may be adopted and approved, the merger effectuated, and appraisal rights exercised in accordance with the procedures in this chapter and chapter 13. For the purposes of applying this chapter and chapter 13”; Según la Business Corporation Act del Estado de Michigan: “. 450.1701 Merger of domestic corporations; adoption and contents of plan of merger. Sec. 701. (1) Two or more domestic corporations may merge into 1 of the corporations pursuant to a plan of merger approved in the manner provided by this act”; Según la legislación del estado de Nevada (Nevada Revised Statutes, NRS): “92A.100. Authority for merger; approval, contents and form of plan of merger. 1 Except as limited by NRS 78.411 to 78.444, inclusive, one or more domestic entities may merge into another entity if the plan of merger is approved pursuant to the provisions of this chapter”; En Oregon Revised Statutes (ORS), se establece: “60.481 Merger. (1)(a) One or more business entities may merge into a corporation organized under this chapter if the merger is permitted by the statutes governing each other business entity that is a party to the merger, a plan of merger is approved by each business entity that is a party to the merger and articles of merger are filed. A corporation organized under this chapter may be merged into a business entity organized under the laws of this state or under the laws of another jurisdiction, other than a foreign corporation, if: (A) The merger is permitted by the laws of this state or by the laws of the other jurisdiction that govern the other business entity; (B) A plan of merger is approved by each business entity that is a party to the merger; (C) Articles of merger are filed in this state; and (D) The corporation complies with all requirements imposed under the laws of this state and, if applicable, the laws of the other jurisdiction with respect to the merger”; Según la Washington Business Corporation Act, RCW 23B.11.010, “Merger. (1) One or more corporations may merge into another corporation if the board of directors of each corporation adopts and its shareholders, if required by RCW 23B.11.030, approve a plan of merger”; Según el West Virginia Code, 31D-11-1101. Definitions, “(b) “Merger” means a business combination pursuant to section one thousand one hundred two of this article”. §31D-11-1102. “Merger. (a) One or more domestic corporations may merge with a domestic or foreign corporation or other entity pursuant to a plan of merger.(b) A foreign corporation, or a domestic or foreign other entity, may be a party to the merger or may be created by the terms of the plan of merger, only if:(1) The merger is permitted by the laws under which the corporation or other entity is organized or by which it is governed; and (2) In effecting the merger, the corporation or other entity complies with the laws under which the corporation or other entity is organized or by which it is governed and with its articles of incorporation or organizational documents”.

⁶⁵²“(a) Any 2 or more corporations existing under the laws of this State may merge into a single corporation, which may be any 1 of the constituent corporations or may consolidate into a new corporation formed by the consolidation, pursuant to an agreement of merger or consolidation, as the case may be, complying and approved in accordance with this section”.

⁶⁵³“(a) Any 1 or more corporations of this State may merge or consolidate with 1 or more other corporations of any other state or states of the United States, or of the District of Columbia if the laws of the other state or states, or of the District permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction. The constituent corporations may merge into a single corporation, which maybe any 1 of the constituent corporations, or they may consolidate into a new corporation formed by the consolidation, which may be a corporation of the state of incorporation of any 1 of the constituent corporations, pursuant to an agreement of merger or consolidation, as the case maybe, complying and approved in accordance with this section. In addition, any 1 or more corporations existing under the laws of this State may merge or consolidate with 1 or more corporations organized under the laws of any jurisdiction other than 1 of the United States if the laws under which the other corporation or corporations are organized permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction”.

⁶⁵⁴ En el apartado 4. “Comentario a los artículos”, de la Exposición de Motivos, de la Propuesta de Directiva, COM(2003) 703 final, 2003/0277 (COD), Bruselas, 18.11.2003, en el punto dedicado al artículo 1 se dice: “El ámbito de aplicación contempla a todas las sociedades de capitales comunitarias que, según una concepción unánime en los Estados miembros, se caracterizan por el hecho de que gozan de personalidad jurídica y tienen un patrimonio social independiente que responde por sí solo de las deudas de la sociedad. Es más amplio que el de la Directiva 78/855/CEE puesto que no se limita a las sociedades anónimas sino que cubre a todas las sociedades de capitales”.

⁶⁵⁵En idéntico sentido se definen las fusiones en el artículo 2.a de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

⁶⁵⁶ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de Sociedades*), p. 360, Nota 14.

⁶⁵⁷ Así en la Exposición de Motivos, punto 4. Comentario de los artículos, apartado relativo al artículo 14 se dice lo siguiente: “El artículo 14 trata sobre la participación de los trabajadores en la sociedad que resulta de la fusión transfronteriza cuando ésta implica un riesgo para la protección de los derechos adquiridos a la participación. El artículo 14 se aplica solamente cuando una de las sociedades que participan en la fusión transfronteriza está regida por reglas, obligatorias o voluntarias, de participación de los trabajadores y siempre y cuando la legislación del Estado miembro en el que la sociedad resultante de la fusión tenga su domicilio social no prevea dichas reglas. En los demás casos, la legislación nacional aplicable a la sociedad resultante de la fusión determina las reglas de participación de los trabajadores. A este efecto, el artículo 14 contiene una referencia expresa a las disposiciones pertinentes de la directiva 2001/86/CE y a la parte 3 de su anexo, que conciernen específicamente a las fusiones. Consecuentemente, es solamente en el caso en el que las sociedades que participan en la fusión transfronteriza no llegan a ponerse de acuerdo sobre una solución negociada cuando se extiende a la sociedad resultante de la fusión el régimen que mejor protege los derechos adquiridos en materia de participación de trabajadores que ya existía en una de las sociedades participantes en la fusión”.

⁶⁵⁸ En su considerando 10 se establecía lo siguiente: “Los derechos de los trabajadores distintos de los derechos de participación seguirán organizándose de acuerdo con las disposiciones de los Estados miembros contempladas por la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos¹⁷, la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 relativa a la protección de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2002 por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea¹⁹, así como la Directiva 94/45/CE del Consejo de 22 de septiembre de 1994²⁰ relativa a la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”.

⁶⁵⁹ La participación de los trabajadores en la sociedad que resulta de la fusión transfronteriza, que fue la causa del bloqueo de la propuesta inicial de 1984, es coordinada por la presente propuesta de Directiva para la realización de la libertad de establecimiento. El principal temor con respecto a la fusión transfronteriza era que este proceso se desviara de su objetivo si algunas sociedades de los Estados miembros que, conociendo la participación de los trabajadores, pretendieran evitar este régimen por medio de fusiones transfronterizas. El Reglamento (CE) n° 2157/2001 y la Directiva 2001/86/CE aportaron una solución que puede retomarse provechosamente, mutatis mutandis, incluso en la perspectiva de una coordinación del Derecho de sociedades en virtud de la letra g) del apartado 2 del artículo 44 CE, que es el pertinente para la presente Directiva. El contexto en el que operan el Reglamento y la Directiva sobre la SE es, no obstante, diferente del correspondiente a la aplicación de la presente Directiva. En virtud de su naturaleza comunitaria, la SE no está sometida a las normas nacionales que imponen la participación, cuando proceda, en el Estado miembro de su sede. En cambio, las sociedades resultantes de las operaciones de fusión transfronterizas contempladas en la presente Directiva serán sociedades que dependerán del Derecho de un Estado miembro. Estas sociedades seguirán estando sujetas, por lo tanto, a las normas que imponen la participación, aplicables en dicho Estado miembro. No obstante, sería posible que, tras la fusión transfronteriza, el domicilio social de la sociedad resultante de la fusión se estableciera en un Estado miembro donde no existan este tipo de normas mientras que una o más sociedades participantes en la fusión estuvieran gestionadas en participación antes de la misma. En ese caso, está previsto extender a las sociedades contempladas por la presente Directiva la protección de los derechos adquiridos en lo relativo a la participación tal y como la concede el dispositivo creado por el

Reglamento y la Directiva sobre la SE. La protección de los derechos adquiridos en lo relativo a la participación se justifica plenamente en este último caso hipotético. En los otros casos, es decir cuando en la legislación nacional del Estado miembro de la que depende la sociedad resultante de la fusión existan normas imponiendo la participación de los trabajadores, esta protección específica no es necesaria puesto que la sociedad en cuestión estará sometida a estas normas.

⁶⁶⁰ Cuyo texto era el siguiente: En cuanto a la protección de los trabajadores, la fusión transfronteriza sigue estando sujeta, por lo que se refiere a los derechos distintos de los de participación en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad resultante de la fusión transfronteriza, a las disposiciones pertinentes aplicables en los Estados miembros, armonizadas, en particular, por la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 relativa a la protección de los trabajadores en caso de transferencia de empresa, la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2002 por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea y las Directivas 94/45/CE y 97/74/CE relativas a la constitución de un comité de empresa europeo, así como a la información y consulta a los trabajadores. En virtud de estas disposiciones, el cambio de patrono que resulta de la operación de fusión no podrá tener efecto sobre el contrato o la relación laboral en vigor en la fecha de

la fusión y se transferirá automáticamente al nuevo empresario. Asimismo, tras la fusión, se transferirán todos los derechos adquiridos de los trabajadores acordados en un convenio colectivo, así como sus derechos a prestaciones de vejez, incapacidad o supervivencia de conformidad con los regímenes legales de seguridad social.

⁶⁶¹ El DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 2001, atribuya a “fusión”, entre otros, el siguiente significado: “3. f. Econ. Integración de varias empresas en una sola entidad, que suele estar legalmente regulada para evitar excesivas concentraciones de poder sobre el mercado”.

⁶⁶² Según GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de Sociedades*), p. 360, son “dos clases de fusión que se suelen distinguir”, de la manera siguiente: “en la fusión “por absorción” se opera utilizando una de las sociedades que en la misma interviene, que es la que sucede a las demás que se extinguen; en la fusión “concreación de una nueva sociedad” desaparecen todas, y la fusión actúa sobre una nueva sociedad que se hace nacer”; Según el artículo 99 de la Ley n° 18.046, de Chile, sobre sociedades anónimas “hay fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aporta a una nueva sociedad que se constituye. Hay fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos. En estos casos, no procederá la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas”.

⁶⁶³ La Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, fue modificada en varias ocasiones, con ocasión de las diversas adhesiones a la Unión, y de forma sustancial por las Directivas 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, y 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, lo que en aras de una mayor racionalidad y claridad, determinó que se procediese a su codificación y fuese derogada por la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 (artículo 32), a su vez modificada por las Directivas 2013/24/UE del Consejo de 13 de mayo de 2013 (por la adhesión de Croacia) y 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014. En todo caso ha de tener en cuenta que la coordinación que se prevenía prevista por el artículo 50, apartado 2, letra g), del Tratado y por el programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, según la Posición, no publicada, del Parlamento Europeo de 18 de enero de 2011 y por la Decisión del Consejo de 21 de marzo de 2011, dio comienzo con la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado para proteger los intereses de socios y terceros, derogada por la Directiva 2009/91 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 (artículo 16), modificada su vez por las Directivas 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2012, y 2013/24/UE del Consejo de 13 de mayo de 2013 (por la adhesión de Croacia). Aquella coordinación prosiguió con la Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital, en lo relativo a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedades, derogada por la Directiva 2012/30/UE de 25, del Parlamento Europeo y del Consejo, de octubre de 2012 (artículo 48), modificada a su vez por la Directiva 2013/24/UE del Consejo de 13 de mayo de 2013 (por la adhesión de Croacia) y Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, con la Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, derogada por la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (artículo 52), modificada a su vez por la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 y 2014/102/UE del Consejo de 7 de noviembre de 2014 (por la adhesión de Croacia), y por la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, modificada su vez, como ya se indicó, por las Directivas 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2012, y 2013/24/UE del Consejo de 13 de mayo de 2013 (por la adhesión de Croacia).

⁶⁶⁴ Así, por ejemplo, el Código das Sociedades Comerciais, art. 97. 4, establece: “A fusão pode realizar-se: a) Mediante a transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra e a atribuição aos sócios daquelas de partes, ações ou quotas desta; b) Mediante a constituição de uma nova sociedade, para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, ações ou quotas da nova sociedade”; El artículo 2501 del Codice civile italiano, titulado “Forme di fusione”,

establece: “La fusione di piu' societa' puo' eseguirsi mediante la costituzione di una societa' nuova, o mediante l'incorporazione in una societa' di una o piu' altre”; El § 2 de la Umwandlungsgesetz (UmwG) alemana: “Arten der Verschmelzung. Rechtsträger können unter Auflösung ohne Abwicklung verschmolzen werden 1. im Wege der Aufnahme durch Übertragung des Vermögens eines Rechtsträgers oder mehrerer Rechtsträger (übertragende Rechtsträger) als Ganzes auf einen anderen bestehenden Rechtsträger (übernehmender Rechtsträger) oder. 2. im Wege der Neugründung durch Übertragung der Vermögen zweier oder mehrerer Rechtsträger (übertragende Rechtsträger) jeweils als Ganzes auf einen neuen, von ihnen dadurch gegründeten Rechtsträger, gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften des übernehmenden oder neuen Rechtsträgers an die Anteilsinhaber (Gesellschafter, Partner, Aktionäre oder Mitglieder) der übertragenden Rechtsträger”; Code de commerce, artículo L236-1: “En savoir plus sur cet article. Une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent”.

⁶⁶⁵ COM(2003) 703 final, 2003/0277 (COD), Bruselas, 18.11.2003.

⁶⁶⁶ Exposición de Motivos, punto 4, “Comentario de los artículos”, en el comentario al artículo 1 se dice lo siguiente: “La definición de la fusión por absorción y de la fusión por constitución de una nueva sociedad figuran en la Directiva 90/434/CEE que contempla también la fusión de sociedades de Estados miembros diferentes y otras formas de sociedad distintas de la sociedad anónima. Esta definición se ajusta a la que figura en la Directiva 78/855/CEE relativa a las fusiones internas de las sociedades anónimas”.

⁶⁶⁷ En cuanto que contenida en un proyecto.

⁶⁶⁸ GIRÓN TENA. J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 360, Nota 14, precisa que “la estructura básica del Proyecto de “Directive” se corresponde con las líneas generales que, comúnmente, se dan como características de la fusión”.

⁶⁶⁹ En otro caso habría que efectuar una separación o división entre fusión transfronteriza de sociedades anónimas por absorción, en cuyo caso la descripción misma del fenómeno fusión no deja lugar a dudas sobre que todas las sociedades participantes, absorbente y absorbidas son sociedades por acciones o anónimas, y el supuesto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas por creación de una nueva entidad, supuesto en el que cabría la posibilidad de que la sociedad resultante de la fusión no fuera una sociedad anónima o incluso una entidad de diferente naturaleza.

⁶⁷⁰ El art. 1 de la Directiva 68/151/CE señala como formas sociales las siguientes: “en Alemania: die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung; — en Bélgica: de naamloze vennootschap; la société anonyme, de commanditaire vennootschap op aandelen; la société en commandite par actions, de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid; la société de personnes à responsabilité limitée; — en Francia: la société anonyme, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée, la société par actions simplifiée; — en Italia: società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata; — en Luxemburgo: la société anonyme, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée; — en los Países Bajos: de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid; — en el Reino Unido: companies incorporated with limited liability; — en Irlanda: companies incorporated with limited liability; — en Dinamarca: aktieselskab, kommanditaktieselskab, anpartsselskab; — en Grecia: ανώνυμη εταιρία, εταιρία περιορισμένης ευθύνης, εταιρία ευθύνης κατά μετοχές; — en España: la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada; — en Portugal: a sociedade anónima de responsabilidade limitada, a sociedade em comandita por acções, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada; — en Austria: die Aktiengesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung; — en Finlandia: yksityinen osakeyhtiöprivat aktiebolag, julkinen osakeyhtiöpublikt aktiebolag; — en Suecia: aktiebolag; — en la República Checa: společnost s ručením omezeným, akciová společnost; — en Estonia: aktsiaselts, osaühing; — en Chipre: Δημόσιες εταιρείες περιορισμένης ευθύνης με μετοχές ή με εγγύηση, ιδιωτικές εταιρείες περιορισμένης ευθύνης με μετοχές ή με εγγύηση; — en Letonia: akciju sabiedrība, sabiedrība ar ierobežotu atbildību, komandītsabiedrība; — en Lituania: akcinė bendrovė, uždaroji akcinė bendrovė; — en Hungría: részvénytársaság, korlátolt felelősségű társaság; — en Malta: kumpanija pubblika/public limited liability company, kumpanija privata/private limited liability company; — en Polonia: spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka komandytowoakcyjna, spółka akcyjna; — en Eslovenia: delniška družba, družba z omejeno odgovornostjo, komanditna delniška družba; — en Eslovaquia: akciová spoločnosť, spoločnosť s ručením obmedzeným; — en Bulgaria: акционерно дружество, дружество с ограничена отговорност, командитно дружество с акции; — en Rumanía: societate pe acțiuni, societate cu răspundere limitată, societate în comandită pe acțiuni”.

⁶⁷¹ Art. 56.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles

⁶⁷² Apartado 4. “Comentario a los artículos”, de la Exposición de Motivos, de la Propuesta de Directiva, COM(2003) 703 final, 2003/0277 (COD), Bruselas, 18.11.2003, en el punto dedicado al artículo 1 se dice: “El ámbito de aplicación contempla a todas las sociedades de capitales comunitarias que, según una concepción unánime en los Estados miembros, se caracterizan por el hecho de que gozan de personalidad jurídica y tienen un patrimonio social independiente que responde por sí solo de las deudas de la sociedad. Es más amplio que el de la Directiva 78/855/CEE puesto que no se limita a las sociedades anónimas sino que cubre a todas las sociedades de capitales”.

⁶⁷³ TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*), pp. 835-837.

⁶⁷⁴ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), pp. 380 y 383.

⁶⁷⁵ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*), p. 260, afirmaba que la dualidad regulatoria determinaba que “las normas que propiamente contienen preceptos materiales de régimen se resistan a una construcción unitaria”.

⁶⁷⁶ Indican IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., op. cit. (*Lección 25. Las Modificaciones estructurales de las Sociedades*), pp. 576-577, que “en su concepción legal, la fusión es una operación jurídica que, afectando a dos o más sociedades, comporta la extinción de todas o de algunas de ellas y la integración de sus respectivos socios y patrimonios en una sola sociedad, que puede ser tanto una de las sociedades afectadas como una sociedad de nueva creación (art 22 LME). De aquí se infiere ya la existencia de dos modalidades o procedimientos de fusión: la fusión por creación de una nueva sociedad cuando, cuando dos o más sociedades se fusionan en una sociedad nueva (art. 23.1 LME), y la fusión por absorción, cuando una sociedad existente absorbe a una o más sociedades (art. 23.2 LME). Pero la diferencia de estos dos procedimientos es puramente externa y formal, pues ambos casos se produce el mismo fenómeno jurídico de unificación de patrimonios, de socios y de relaciones jurídicas que es propio de la fusión”; Indican SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*), p. 767, que “la nota más relevante es la de que dos o más sociedades puedan fusionarse entre sí de manera que sus respectivos patrimonios y socios se integren en una única sociedad”.

⁶⁷⁷ Afirma LACRUZ BERDEJO, J. L., “*Elementos de Derecho Civil*”, v. I, Parte General, Librería Bosah, Barcelona 1974, p. 182, que “la tesis que hace constituir la persona jurídica en una ficción apunta a aspectos válido e innegables de ella, cual es: a) su divergencia con el ser humano, único ente vivo dotado de inteligencia y voluntad y, consiguientemente, sujeto de derecho, y b) la intervención del Derecho en la creación de la persona moral, tan indispensable, que sin ella no nace un nuevo sujeto. Pero concede demasiado arbitrio al legislador, el cual no podría personificar, a su capricho, cualesquiera entidades o entelequias, ni tampoco negar el reconocimiento a todo grupo o colectividad con fines lícitos y organización suficiente”, y en pp. 186-187, que “si la persona jurídica se constituye como tal en virtud de un acto de reconocimiento o colación de personalidad a un sustrato preexistente, interesa saber cuál sea la forma de ese reconocimiento. En teoría caben formas muy distintas”; y en “*Manual de Derecho Civil*”, Librería Bosch, Barcelona 1979, p. 199, “la persona jurídica es el compuesto de un sustrato social antecedente y su reconocimiento como tal persona por el Derecho”, Sobre las sociedades mercantiles, Afirma HATTENHAUER, H., “*Conceptos fundamentales del Derecho Civil*”, Editorial Ariel S.A., Barcelona 1987, p. 41, que “el ciudadano en su vida cotidiana futura, se vería afectado por lo bueno y para lo malo, no por las asociaciones, sino principalmente por las sociedades anónimas”; “Las asociaciones constituidas para un cierto tiempo, que intervienen como unidad en sus relaciones externas y tienen capacidad jurídica, reciben el nombre de “corporaciones””, afirma LARENZ, K., “*Derecho Civil. Parte General*”, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid 1978, p. 167; GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 73; SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*), p. 7.

⁶⁷⁸ “Esta forma de fusión sería realmente una modalidad de constitución de sociedades, que se lleva a cabo a través de la celebración por las sociedades participantes de un nuevo contrato de sociedad que repercute en la ley interna de cada una de ellas haciendo surgir una nueva sociedad cuyos estatutos se imponen en lugar de los de las sociedades que se extinguen, a la vez que las sustituye en la titularidad de sus patrimonios y en los vínculos internos entre los socios”, afirma SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*La fundación de una sociedad anónima mediante fusión por creación de una nueva sociedad*), p. 917.

⁶⁷⁹ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*La fundación de una sociedad anónima mediante fusión por creación de una nueva sociedad*), p. 918.

⁶⁸⁰ Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en 2013, Gobierno de España-Ministerio de Justicia 2013. El artículo 263.2 se ubica en la

Subsección 1ª. “Disposiciones generales”, de la Sección 1ª. “De la Fusión en general”, Subsección 1ª, “Disposiciones Generales”, del Capítulo, “De la Fusión”, del Título VI, “De las modificaciones estructurales”, el Libro II, “De las sociedades Mercantiles”.

⁶⁸¹“Se incorpora a la legislación española la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital; y juntamente con ella, la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo, por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas. Aunque la práctica española conocía ya fusiones transfronterizas entre sociedades sometidas a leyes de distintos Estados miembros de la Unión Europea, la incorporación de la Directiva es el cauce para armonizar estas complejas operaciones, que la Ley, por cierto, reconociendo la importancia de ese proceso de internacionalización, no limita al ámbito comunitario al contemplar expresamente las fusiones de sociedades españolas con sociedades extracomunitarias, las cuales se registrarán por las respectivas leyes personales”, Preámbulo, I, segundo apartado segundo.

⁶⁸² SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 380

⁶⁸³ Preámbulo, apartado II, primer párrafo de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles.

⁶⁸⁴ Como ejemplo, a nivel nacional y con referencia a sociedades limitadas y anónimas, así sucedió en los supuestos de hecho relatados en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (STSJN) de 130 de julio de 2014, recursos de suplicación núms. 213/14, 253/14 y 259/, sentencias núms. 214, 215 y 218 respectivamente. Según se relata en aquellas resoluciones judiciales: “CEIN SL es una empresa pública, sin ánimo de lucro, dependiente del Departamento de Economía, Hacienda, Industria y Empleo del Gobierno de Navarra, cuyo objeto consiste en potenciar el desarrollo económico de la comunidad foral mediante el estímulo del espíritu emprendedor y el apoyo a nuevos proyectos empresariales y a actividades innovadoras en el seno de las pequeñas y medianas empresas. Se constituyó el 19 de julio de 2011 por la fusión de las anteriores sociedades públicas ANAIN, NAVELSA y CEIN SA, que desaparecieron con la creación de la nueva sociedad. Las participaciones de la nueva sociedad se asignaron íntegramente al socio de las fusionadas “Corporación Pública Empresarial de Navarra SL”, que se había constituido el 4 de diciembre de 2009 en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Foral 8/2009, de 18 de junio, como instrumento unitario de ordenación y racionalización de una parte esencial del patrimonio de la Comunidad Foral de Navarra, como son las sociedades públicas”; En el mismo sentido puede citarse la STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 1 de julio de 2013.

⁶⁸⁵ Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en 2013, Gobierno de España-Ministerio de Justicia 2013. Los artículos 263.1 y 263-37 se ubican en la Subsección 1ª. “Disposiciones generales”, de la Sección 1ª. “De la Fusión en general”, Subsección 1ª, “Disposiciones Generales”, y Sección 2ª, De las fusiones transfronterizas”, del Capítulo, “De la Fusión”, del Título VI, “De las modificaciones estructurales”, el Libro II, “De las sociedades Mercantiles”.

⁶⁸⁶Al haber sido presentado al Consejo de ministros del día 30 de mayo de 2014, el “Informe sobre el Anteproyecto de Código Mercantil”, en cuyo apartado “De las Sociedades Mercantiles”, se alude a la modificaciones estructurales.

⁶⁸⁷ Precisa TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*), p. 829, que aquella delimitación del campo de aplicación de la LME se efectúa “en base tres condiciones de las sociedades implicadas: a) Primero, que sean sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, b) Segundo, que intervenga al menos, dos sociedades sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes. c) Tercero, que una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española”.

⁶⁸⁸También pueden participar en fusiones transfronterizas las sociedades comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada.

⁶⁸⁹ TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*), pp. 826-827, que precisa, “en cuanto a la noción amplia, también pueden calificarse de fusiones - transfronterizas -porque implican a sociedades de distintas nacionalidades-intracomunitarias -porque las sociedades implicadas deben estar ubicadas en distintos Estados comunitarios-

las que sirven para crear una sociedad anónima europea”, que desarrolla ampliamente en aludiendo a sus diferencias y semejanzas en 832-835.

⁶⁹⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 75, donde afirma que la fiscalidad “es, quizá, el instrumento más importante con el que cuentan los poderes públicos para incentivar u obstaculizar la concentración empresarial mediante la fusión de sociedades”, y con detenimiento en pp. 88-102, precisando en p. 88, que “es de común aceptación que entre los factores que concurren en torno a un plan de concentración empresarial la fiscalidad ocupa un lugar muy destacado desde el punto de vista práctico”.

⁶⁹¹ Son múltiples las definiciones de fusión, la siguiente definición ofrecida por SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 384, y que recoge el parecer más general y extendido, en los siguientes términos, la fusión es “un proceso reglado en virtud del cual dos o más sociedades mercantiles inscritas se extinguen y transmiten su patrimonio en bloque y a título universal a una nueva sociedad que se constituye a éstos efectos, o a una de las participantes, pasando, normalmente, sus socios a la sociedad que se constituye o a la absorbente en función del negocio que todas ellas asumen”; Según LARGO GIL, R., “*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*”, RdS, núm. 12, año 1999-1, p. 69, “la fusión de sociedades mes es el procedimiento jurídico por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios íntegros y en su caso, sus socios con la disolución sin liquidación y la extinción de todas ellas para constituir una sociedad nueva o de todas menos una que absorbe a las demás”.

⁶⁹² SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil, v. I*), p. 767; SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 385; LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 77; La “doble modalidad de la fusión no hace variar la esencia del fenómeno jurídico, pues en ambos supuestos se produce la unificación de patrimonios, socios y de relaciones jurídicas, que es característica de la fusión. La diferencia entre ambos procedimientos de fusión es puramente externa y formal, no sustancial”, afirman URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y e IGLESIAS PRADA, J. L., “*Capítulo 51. Fusión y escisión de sociedades*”, en Curso de Derecho Mercantil, t. I, (segunda edición), Thomson-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 1390; Afirma GIRÓN TENA. J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 366-367, que “ciertamente, hay tipificación de la figura, hecho por el derecho positivo, más esta tipificación sirve al fin de acotar el sector de la realidad social a la que se aplica la reglamentación legislativa. Estas normas, meramente delimitadoras, sí reflejan una unidad del instituto jurídico. Pero las normas que propiamente contienen preceptos materiales de régimen se resisten a la construcción unitaria (...) la caracterización de la fusión tiene que desdoblarse en las fases y requisitos que la ley establece, cuya naturaleza se verá en cada momento, y el conjunto de fases y elementos está relacionado bajo ese concepto de “procedimiento”. Aunque hay unidad, es unidad en la complejidad: sólo como procedimiento se puede construir unitariamente la fusión (...). Podría pensarse en explicar unitariamente la fusión desde el negocio jurídico de fusión, pero con ello se deformaría la realidad técnica: ese negocio es ciertamente el elemento jurídico específico de la fusión, pero por sí mismo, prescindiendo de las fases que lo condicionan en el Derecho positivo, no podría imaginarla. En definitiva, pues, la caracterización de la fusión tiene que desdoblarse en las fases y requisitos que la Ley establece, cuya naturaleza se verá en cada momento y el conjunto de fases y elementos está relacionado bajo el concepto de “procedimiento”. Aunque hay unidad, es unida en la complejidad: solo como procedimiento se puede construir unitariamente la fusión”.

⁶⁹³ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 383; GIRÓN TENA. J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 366.

⁶⁹⁴ Artículo 12 de la Directiva 2005/56: “La legislación de cada uno de los Estados miembros a la que estaban sujetas las sociedades objeto de la fusión determinará, por lo que se refiere al territorio de ese Estado, las formas de publicidad de la realización de la fusión transfronteriza, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (1), en el registro público en el que cada una de estas sociedades esté obligada a presentar los documentos. El registro en el que se inscriba la sociedad resultante de la fusión transfronteriza notificará sin demora, a través del sistema de interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades establecido con arreglo al artículo 4 bis, apartado 2, de la Directiva 2009/101/CE, al registro en el que cada una de las sociedades estuviera obligada a presentar los documentos, que se ha realizado la fusión transfronteriza. La baja en el registro anterior, si procede, se producirá al recibo de dicha notificación, y en ningún caso con anterioridad a la misma”.

⁶⁹⁵ Model Business Corporation Act, Sección 11.06.b): “(b) Articles of merger or share exchange shall be delivered to the secretary of state for filing by the survivor of the merger (...), and shall take effect on the effective date provided in section 1.23. Articles of merger or share exchange filed under this section may be combined with any filing required under the organic law of any domestic eligible entity involved in the transaction if the combined filing satisfies the requirements of both this section and the other organic law”; Sección 1.20.(f) (1), (g) y (h); Delaware General Corporation Law, Sección 252: “(c) The agreement shall be adopted, approved, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed, and, in the case of a Delaware corporation, in the same manner as is provided in § 251 of this title. The agreement shall be filed and shall become effective for all purposes of the laws of this State when and as provided in § 251 of this title with respect to the merger or consolidation of corporations of this State. In lieu of filing the agreement of merger or consolidation, the surviving or resulting corporation may file a certificate of merger or consolidation, executed in accordance with § 103 of this title”; Sección 103: “(a) Whenever any instrument is to be filed with the Secretary of State or in accordance with this section or chapter, such instrument shall be executed as follows: (1) The certificate of incorporation, and any other instrument to be filed before the election of the initial board of directors if the initial directors were not named in the certificate of incorporation, shall be signed by the incorporator or incorporators (or, in the case of any such other instrument, such incorporator’s or incorporators’ successors and assigns). If any incorporator is not available by reason of death, incapacity, unknown address, or refusal or neglect to act, then any such other instrument may be signed, with the same effect as if such incorporator had signed it, by any person for whom or on whose behalf such incorporator, in executing the certificate of incorporation, was acting directly or indirectly as employee or agent, provided that such other instrument shall state that such incorporator is not available and the reason therefor, that such incorporator in executing the certificate of incorporation was acting directly or indirectly as employee or agent for or on behalf of such person, and that such person’s signature on such instrument is otherwise authorized and not wrongful”; North Dakota Century Code, Chapter 10-19.1 North Dakota Business Corporation Act: “10-19.1-102. Effective date of merger or exchange - Effect. 1. A merger is effective when the articles of merger are filed with the secretary of state or on a later date specified in the articles of merger. An exchange is effective on the date specified in the plan of exchange”; Nevada Revised Statutes, Chapter 92A-Mergers (...): “92A.240 Effective date and time of merger (...) A merger, (...) takes effect: 1. At the time of the filing of the articles of merger, (...) with the Secretary of State; (a) Upon a later date and time as specified in the articles, which date must not be more than 90 days after the date on which the articles are filed; or (b) If the articles specify a later effective date but do not specify an effective time, at 12:01 a.m. in the Pacific time zone on the specified later date”.

⁶⁹⁶ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas*), p. 36 afirma que “la regulación de la fusión se sustenta, en consecuencia, sobre su concepción como una figura única, aunque pueda revestir diferentes diversas clases (fusión por constitución y fusión por absorción), con una regulación que es autónoma con respecto a otros institutos de naturaleza societaria con los que tiene una clara conexión (constitución y modificación de estatutos) y que se desenvuelve a través de un proceso (proyecto de fusión, acuerdo de sociedades participantes y formalización e inscripción registral) al final del cual se producen sus específicos efectos (extinción de todas las sociedades que participan o al menos de una, y transmisión del patrimonio a título universal de las sociedades que se extinguen a la nueva sociedad o a la absorbente, pasando a ser socios de la sociedad sucesora los que lo fueran de las sociedades extinguidas en función de las acciones(...) que les correspondan en virtud de la relación de canje correspondiente)”

⁶⁹⁷ Afirma RODOTA, S. “*El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*”, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1986, p. 242-244: “Con el término institución de indican entidades muy diversas: unas veces un conjunto de supuestos de hecho, otras un conjunto de materiales, otras un conjunto de normas, y otras, finalmente, un conjunto de relaciones jurídicas. Si se quiere evitar un análisis de todas estas acepciones para determinar cuál es la más exacta, y al términos institución se refiere, como habitualmente hace la doctrina, a un conjunto de normas, queda sin expresar el criterio con base al cual es posible reducir a unidad las normas particulares, y cual es por tanto, el presupuesto de todas las definiciones que ven precisamente en la institución un complejo o conjunto de normas (...). En realidad la institución no es una mera realidad lógica, determinada de forma naturalista y en serie (...). La realidad social subyacente a la norma y el interés tutelado sólo constituyen el principio de delimitación de la institución cuando forman parte de la ratio común de las normas consideradas. Mas ello significa al mismo tiempo que la delimitación de la institución por parte del jurista no puede considerarse como fruto de una simple actividad lógica y que el hallazgo de la ratio de las normas exige un examen atento del momento teleológico en torno al cual se individualizan los elementos estructurales de la institución”.

⁶⁹⁸ LARENZ, K., op. cit. (*Metodología de la ciencia del Derecho*), pp. 414 ss.,

⁶⁹⁹ Según el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 2001, naturaleza (de Natural y -eza) significa: “Esencia y propiedad característica de cada ser(...); 13. Especie, género, clase”; El DICCIONARIO DEL ESPAÑOL ACTUAL, de MANUEL SECO, OLIMPIA ANDRÉS y GABINO RAMOS, v. II, Aguilar Lexicografía/Grupo Santillana Ediciones, S. A., Madrid 1999, atribuye a naturaleza el siguiente significado: “1. Conjunto de caracteres que constituyen la esencia de un ser (...); 2. Principio activo que crea u organiza según un cierto orden todo lo existente (...); 3. Conjunto dde leyes o causas físicas o fisiológicas que determinan el funcionamiento de un organismo; Indica el DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL, de MARÍA MOLINER, v. H-Z, Editorial Gredos, S. A., Madrid 1994, que por naturaleza ha de entenderse lo siguiente: “Manera de ser fundamental de cierta cosa (...); Condición, índole, manera (modo) de ser, natural; Clase, esencia. Aquello en lo que consiste que una cosa sea lo que es o como es; (...); Por naturaleza, “Por esencia”. “Naturalmente: por la manera natural de ser la cosa dde que se trata”.

⁷⁰⁰ Afirma LOIS ESTÉVEZ, J., “*Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”*”, Anuario de Filosofía del Derecho, t. IV, 1956, p. 178, lo siguiente: “No la esencia, que ya viene inherente a la totalidad de la regulación normativa; no el género próximo, que es una mera parte de la esencia. Sí, en cambio, la ratio essendi; el porqué transcendental que aclara, de una vez para siempre, el instituto; las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce. En fin, la naturaleza jurídica persigue un ideal eminentemente científico, que es la interacción genética; es decir, a la comprensión de cómo se aviene a eso que se nos da bajo una institución jurídica. Comprensión que se logra demostrando cómo una institución cualquiera no es sino implicación y consecuencia de alguna forma de valor jurídico primitiva”.

⁷⁰¹ Sobre esas posiciones LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”*), pp. 160-168.

⁷⁰² RECASENS SICHES, L., op. cit. (*Tratado general de filosofía del Derecho*), tras afirmar, en pp. 379-380, que “el Derecho positivo es una forma de vida humana objetivada de carácter normativo”, y, en p. 380, que “la esencia del Derecho no es inteligible sino en función de una intencionalidad de realizar determinados valores. Toda normación supone que se ha elegido un determinado patrón entre otros posibles por ser considerado mejor que éstos; ahora bien, esta elección entraña una preferencia, y una preferencia entraña una estimación, es decir un criterio de valor”, concluye, p. 381, que “el hombre no puede elaborar el Derecho de un modo puramente caprichoso, de manera puramente fortuita, en forma meramente casual, de acuerdo con el humos que tenga. Por el contrario, la elaboración del Derecho está fundada en juicios de valor. Estos juicios (...), podrán una veces ser correctos y otras no, o más o menos correctos. Pero la valoración de acuerdo con unas determinadas medidas es un ingrediente intrínseco de toda norma jurídica. Ni siquiera es posible entender el Derecho como Derecho, como no sea a condición de que lo comprendamos como algo que tiene un sólido sentido ético, como algo que está fundado en estimaciones éticas”,

⁷⁰³ LOIS ESTÉVEZ, J., “*Introducción a la filosofía del Derecho y a la ciencia de la legislación*”, Porto y Cia, Editores, Santiago de Compostela 1959, p. 319.

⁷⁰⁴ LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Introducción a la filosofía del Derecho y a la ciencia de la legislación*), p. 320.

⁷⁰⁵ LARENZ, K., op. cit. (*Metodología de la ciencia del Derecho*), pp. 203 ss.

⁷⁰⁶ Sobre ellos COSSIO, C., “*Los valores jurídicos*”, Anuario de Filosofía del Derecho, t. IV, 1956, pp. 27-91.

⁷⁰⁷ Afirma LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Introducción a la filosofía del Derecho y a la ciencia de la legislación*), p. 59, “lo conceptos jurídicos dependen de módulos jurídicos, que, siendo unidades mensurativas, suelen denominarse “valores” y su estudio queda encomendado a la Axiología. Por tanto, según los valores que se adopten, así los conceptos. Si los valores estuvieran perfectamente definidos en su esencia y número y resultaran compatibles entre sí, una clasificación ex post facto y no arbitraria de los comportamientos aliorrelativos humanos sería factible. Más por desgracia, no se da, quizás, sector alguno, de la Ciencia jurídica más rezagado que la Axiología. No hay conformidad doctrinal ni en cuanto al número de valores, ni en cuanto a su jerarquía, ni en cuanto a la definición rigurosa de cada uno. ¿Cómo en consecuencia, podrá ser lógicamente inatacable el tratamiento conceptual de lo jurídico?”, proponiendo, den p. 67, dos soluciones: “1ª) atenerse a las regularidades dde conducta que alcance poner de manifiesto la investigación social; o 2ª) buscar nuevos módulos de identificación, capaces de inventariar exhaustivamente los actos jurídicos”, desarrollándolas a continuación.

⁷⁰⁸ “Que el estructuralismo no sea filosofía o no penetre en ella como método no impide establecer algunas comparaciones entre la actitud mental que comporta y las adoptadas en determinados planos filosóficos”, indica HERNÁNDEZ GIL, A., op. cit. (*Introducción al estudio del estructuralismo y el Derecho*), p. 28;

“Neopositivismo y estructuralismo estarían de acuerdo en los grandes enunciados y discreparían en las matizaciones”, afirma PEREZ GARCÍA, A., “*Distintos entendimientos del estructuralismo y la estructura*”, en Estructuralismo y Derecho, Alianza Editorial, S. A., Madrid 1973, p. 203.

⁷⁰⁹ “La estructura-esquema sólo es una fórmula matemática vacía que por sí misma no nos enseña nada sobre la realidad; la estructura-esencia designa (...), un campo para explorar, (...) la estructura-modelo no puede ser identificada con lo real”. Por tanto, sólo la estructura-modelo, o con más exactitud las diferentes estructuras-modelo elaboradas por las distintas ciencias tienen un valor y nivel científicos”, afirma PARAIN VIAL, J., “*Análisis estructurales e ideologías estructuralistas*”, Amorrortu editores, S.C.A., Buenos Aires 1969, p. 229.

⁷¹⁰ Lejos de la línea conciliadora que propusiera LOCKE, J., según el cual “la ley natural no es otra cosa que la ley de la razón”, según explica RUIS-GALLARDO GARCÍA DE LA RASILLA, I., “Ensayos sobre la ley natural”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1998, p. 78.

⁷¹¹ “Creo que existe una razón por la cual todos los grandes tratados de ética filosófica (...) se caracterizan por su profunda heterogeneidad. Pesemos en las teorías más integrales, como Ética a Nicómaco, de Aristóteles, la Fundamentación de la metafísica de las costumbres, de KANT, Sobre la libertad, de Mill, la Teoría de la justicia de RAWLS; todas ellas son misceláneas, contienen una mezcla de consideraciones morales, incluidas las que denominamos areteicas, consecuencialistas, deontológicas, y así sucesivamente”, indica APPIAH, K. A., “*Experimentos de ética*”, Katz Editores, Madrid 2010, p. 245.

⁷¹² HAUSMAN, D. M., y McPHERSON, M. S., op. cit. (*El análisis económico y la filosofía moral*), pp. 244-261.

⁷¹³ Bien que esa consideración no se confunda con la idea propia de la dogmática jurídica de que de que los juristas operan con “cuerpos jurídicos”, de que “no hay cuerpo que no pueda resolverse en otro o en otros”, y de que “lo que interesa para la concepción y definición de éstos es “su estructura”, sus elementos anatómicos”, indicada por HERNÁNDEZ GIL, A., op. cit. (*Metodología de la ciencia del Derecho, v. I*), p. 139.

⁷¹⁴ LARENZ, K., en su op. cit. (*Metodología de la ciencia del Derecho*) titula su Capítulo III: “La teoría del Derecho y la metodología bajo la influencia del concepto positivista de ciencia”, precisando, en pp. 58-59, que “según la concepción positivista, lo único que es accesible al conocimiento científico, prescindiendo de la Lógica y la Matemática, son los “hechos” perceptibles junto con la “legalidad” corroborable experimentalmente, que en ellos se manifiesta. En este planteamiento aparece decisivo el modelo de las Ciencias naturales o “exactas”. En esto el positivismo es un “naturalismo”. Ahora bien, la Ciencia del Derecho ha de ser elevada a una “Ciencia verdadera”, fundamentándolo, lo mismo que la ciencia natural, sobre hechos indubitables (...). En todas partes tiene validez el axioma que todo cambio perceptible en el tiempo tiene que tener su causa temporalmente anterior que, por su parte, produce necesariamente el efecto según las leyes naturales (...) si se parte de estos presupuestos, el Derecho se puede considerar: o bien como un hecho psicológico, puesto que no se encuentra en la realidad externa, sino en la conciencia de los hombres; o bien se puede clasificar entre los hechos de la existencia social, puesto que se refiere a la conducta de los hombres”, tratando en el Capítulo IV “La desviación del positivismo en la filosofía del Derecho en la primera mitad del siglo XX”, y en el Capítulo V, los “Empeños metodológicos actuales”. Alude en su parte II a las Ciencias del Derecho diferenciando entre las que se ocupan del Derecho en general y la jurisprudencia, reconduciéndola a ciencia normativa, que se ocupa del Derecho “ante todo bajo su aspecto normativo y, por ende, del “sentido” de las normas. _en ella se trata de la validez normativa y del contenido de sentido del Derecho positivo, incluyendo las máximas de decisión contenidas en las sentencias de los tribunales”, desarrollando esos conceptos a lo largo de la obra; HERNÁNDEZ GIL, A., op. cit. (*Introducción al estudio del estructuralismo y el Derecho*), p. 36 afirma que “las instituciones no se conciben por la dogmática como meros agregados o superposiciones de reglas o conceptos (...), ofrece siempre cierta base objetiva, autónoma, no dependiente por entero de la ordenación legal ni dúctil a la creaciones subjetivas del intérprete”

⁷¹⁵ Presupuesto básico de la dogmática jurídica es el positivismo jurídico, precisa HERNÁNDEZ GIL, A., op. cit. (*Metodología de la ciencia del Derecho, v. I*), p. 127, donde afirma, que según el positivismo jurídico “no hay más derecho que el que cada ordenamiento jurídico impone como tal; misión de la ciencia jurídica es investigar los materiales concretos suministrados por aquél y elaborarlos, formando una unidad sistemática, mediante procedimientos lógicos (...). Sobre el suelo positivista y formalista se predica la hegemonía de la dogmática”

⁷¹⁶ LOIS ESTÉVEZ, J., op. cit. (*Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”*), p. 170 afirma lo siguiente: “Ciertas proposiciones jurídicas forman conjuntos planetarios con manifiesta unidad, convergiendo en torno a un común centro gravitatorio. Son partes dotadas de individualidad propia, perfectamente diferenciadas de las restantes en su consistencia, en su función y en su finalidad. Tomadas en bloque, tienen un sentido cabal; constituyen una unidad significativa nítidamente deslindada, plenamente inteligible; pero ya insusceptible de

división. Verdaderas partículas límite de la fenomenología jurídica, no es posible trascenderlas, en un intento de escisión ulterior, sin perder de modo irreparable, sus más íntimas cualidades valiosas. Pues bien a ese plexo normativo, que tipifica y disciplina una clase de relaciones interhumanas reconocible, es a lo que denominamos instituciones jurídicas”; Según LARENZ, K., op. cit. (Metodología de la ciencia del Derecho), pp. 437-438, “Las normas jurídicas (...), no están desligadas unas de otras, sino que están en conexión múltiple unas con otras” aludiendo al “sistema externo” de conceptos abstractos formados según las reglas de la Lógica formal, llegando desde los más abstractos a los “tipos jurídicos” que “son ellos mismos “sistemas móviles” de elementos coordinados entre sí bajo un determinado criterio directivo. Como tales pueden ordenarse en “series de tipos”, que a su vez pueden ser concebidos como “sistemas móviles parciales””. Desarrollando las ideas del “tipo real normativo”, de los “tipos-figura normativos”, de los “tipos jurídico-estructurales” y de los “tipos mixtos”, en pp. 454 ss.,

⁷¹⁷ “Las construcciones jurídicas unitarias y generalizadoras no parecen obtener un asentimiento dominante. Ha habido, básicamente, dos construcciones jurídicas de la fusión. Las primeras construcciones ya intentaron explicar la fusión bajo lo que se ha llamado concepción corporativa de la misma. Esto es, la fusión vendría a ser la interconexión de los varios ordenamientos de las sociedades que se fusionan en uno solo. Más específicamente, hay que decir que ésta sería la explicación de lo que acontece con las relaciones jurídicas de participación, de miembro, jurídico-societarias. No hay duda de que las relaciones jurídicas externas con terceros se siguen por la sociedad nueva o la absorbente a virtud de disposición legal esto es, “ope legis”. Son las relaciones jurídicas socio-sociedad de cada sociedad participante, las que se consideran no extinguidas, sino asumidas por la sociedad nueva o la absorbente que subsiste. Sucesivamente, esta construcción, originariamente germánica, ha sido sustituida en aquel país por lo que se ha llamado construcción jurídico patrimonial de la fusión. Según esta doctrina, los patrimonios de las fusionadas pasan a la absorbente o a la nueva y son contrapartida de éstos las acciones que se entregan a los socios que lo eran de las sociedades que desaparecen y pasan a serlo de la sociedad que subsiste (...). La línea que se ha ido siguiendo se corresponde con la tesis patrimonial. Con ciertas particularidades de conpenetración de entidades, pero siempre en el marco en que esto es posible. No vemos como puede serlo que una sociedad viva en otra y subsista, como tal, en el seno de la misma. En realidad las sociedades que se extinguen desaparecen totalmente y son ciertos contenidos o intereses que en ellas existían los que pasan a ser acogidos en la que subsiste, pero sin romper la unidad y la individualidad de ésta”, indica GIRÓN TENA. J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 367-368.

⁷¹⁸ MOTOS GUIRAO, M., “Fusión de Sociedades Mercantiles”, Madrid 1953, pp. 23 ss.; GARRIGUES J., p. cit. (*Tratado de Derecho Mercantil, t. I, v. 3º*), p. 1274.

⁷¹⁹ URÍA, R., “La fusión de sociedades mercantiles en el Derecho español”, RDM, núm. 2, 1946, pp. 217 ss.; GIRÓN TENA. J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), pp. 366 y 367, afirma que “la caracterización jurídica de la fusión ha originado en la doctrina el problema de su construcción unitaria. Para algunos se trata de un “acto corporativo o social”, (...). En realidad, esta manera de abordar el problema no me parece útil ni fundada en las peculiaridades técnicas que la fusión presenta (...). Por último, desde un punto de vista negativo, la solución propuesta -acto corporativo o social- es incapaz de explicar las relaciones entre las sociedades entre sí, independientes hasta después de la fusión: los actos sociales vinculan a los miembros de las sociedades en cuanto sometidos a la legalidad interna de las mismas, más no pueden explicar una vinculación externa de sujetos jurídicos distintos (...). El “contrato de fusión” no puede ser acto corporativo unitario que explique la fusión. Las deliberaciones sobre la fusión y los acuerdos consiguientes en cada sociedad, autorizan a los administradores o confirman su actuación precedente sobre el contrato de fusión, pero, en todo caso son manifestaciones de la voluntad de cada sociedad frente a las otras, sobre el contrato de que se, y no voluntades conformantes de un superacuerdo societario que vincule a todas, como si se hubiera constituido con las sociedades una especie de Junta superior, en definitiva un organismo que no existe”.

⁷²⁰ GIRÓN TENA. J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), pp. 366-367.

⁷²¹ GÓMEZ SEGADÉ, J. A., op. cit. (*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*), p. 5033, que en una visión no excesivamente lejana en el tiempo afirma lo siguiente: “Sin remontarnos a épocas remotas y ciñéndonos al pasado reciente, la LSA de 1951 dedicaba 7 artículos a la fusión (arts. 142 a 148). Frente esos siete artículos, los 12 artículos de la Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las directivas de la Comunidad Europea en materia de sociedades de 25 de julio de 1989 (arts. 142 a 148.e), o los 19 preceptos del (...) TRLSA, aprobado por Real Decreto legislativo de 22 de diciembre de 1989, suponen un incremento notable. Pero los cambios experimentados por el Derecho español en este campo no se limitan a los aspectos meramente cuantitativos, sino que encierran un cambio cualitativo de enrome relieve, aunque en algunas cuestiones siga imperando –y lastrando– en la nueva normativa u apego a la tradición no siempre comprensible y justificado. Un ejemplo de ese poco recomendable respeto puede percibirse por la tradición puede percibirse (...), en la regulación conjunta en el TRLSA de la fusión por absorción y de la fusión por constitución de una nueva sociedad. Esta sistemática, que lógicamente produce ciertos efectos reflejos en el

orden sustantivo, difiere notablemente de lo dispuesto en la Tercera Directiva, que se ocupa exclusivamente de la fusión por absorción como hipótesis general, y únicamente dedica el artículo 24 a la fusión por constitución de una nueva sociedad para remitirse en general al régimen de la fusión por absorción”.

⁷²² El resultado de aquella evolución histórica fue “el cambio de la filosofía de fondo. En efecto, la LSA de 1951 todavía partía en este punto de una visión excesivamente “contractualista” de la sociedad anónima, que potenciaba en exceso la voluntad del socio. De ahí se derivaba la existencia de un amplio derecho de separación de los socios disidentes y de los ausentes, que estaba dotado de un automatismo, que sólo podía enervarse mediante la “adhesión” en determinados plazos. Es obvio que esta concepción individualista entraba en abierta contradicción con los objetos de la fusión y con las exigencias de una economía moderna. Por ello el legislador español cuando se vio obligado a fomentar con incentivos fiscales determinadas fusiones, mediante la Ley de 5 de diciembre de 1968, tuvo que restringir el derecho de separación, invirtiendo el automatismo de la LSA de 1951. La evolución continuó con otras leyes especiales como la Ley 27/1984, de 24 de julio, sobre reconversión y reindustrialización, se acentuó con lo dispuesto en la disposición Adicional 14ª de la Ley sobre disciplina e intervención de entidades de crédito, y culminó con el (...) TRLSA en el que con carácter general se elimina el derecho de separación del accionista y simultáneamente, a modo de compensación, se incrementa la información y protección de los accionistas”, afirma GÓMEZ SEGADÉ, J. A., op. cit. (*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*), p. 5033-5034.

⁷²³ URÍA, R., “*La fusión de sociedades mercantiles en el Derecho español*”, RDM 2, 1946. 201, que define la fusión como “un acto de naturaleza corporativa o social, por virtud del cual dos o más sociedades mercantiles, previa disolución de algún a o todas ellas, confunden sus patrimonios agrupar a sus respectivos socios en una sola entidad”; GARRIGUES, J. y URÍA, R., op. cit. (*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*), Madrid 1976, pp. 734-736.

⁷²⁴ LANGLE Y RUBIO, E., “*Manual de Derecho Mercantil Español*”, Boch, Casa Editorial, Barcelona 1950, pp. 665 ss., RUBIO, J. “*Curso de Derecho de Sociedades Anónima*” (3ª edición). Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1974, pp. 467 ss.

⁷²⁵ GARRIGUES J., p. cit. “*Tratado de Derecho Mercantil, t. I, v. 3º*, p. 1274.

⁷²⁶ VICENT CHULIÁ, f., “*La fusión propia y las fusiones impropias*”, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues, t. III, Madrid 1971, p. 493.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., op. cit. (*La fusión en el proyecto de reforma del Derecho de Sociedades de Capital y su comparación con el Derecho Comunitario de la Tercera Directiva*), pp. 719 ss.

⁷²⁷ A semejanza de la Ley alemana de reunificación del régimen jurídico de las modificaciones estructurales de 28 de diciembre de 1994, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, así como la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, reúne en un solo texto de manera coherente lo que consideran que son las alteraciones más significativas, en un determina concepción, de la “estructura” de la sociedad, pero sin definir lo que es una modificación estructural; Indica GÓMEZ SEGADÉ, J. A., op. cit. (*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*), pp. 5034-5035, en relación con el ordenamiento jurídico español y la influencia de la primera normativa de la Unión Europea en materia de sociedades que “en aquella regulación de la fusión, el igual que en otros temas como el de las sociedades unipersonales originarias, se (ponía) de manifiesto que el nuevo régimen de las sociedades capitalistas se (alejaba) cada vez más de la visión “contractualista” y (partía) de una visión institucionalista que (centraba) su interés en la organización. Partiendo de una visión esencialmente “contractualista” de la sociedad anónima, un derecho general de separación del accionista en caso de fusión, no sólo respondía al principio de protección de las minorías, sino que podría estar justificado por la alteración de la base del negocio siguiendo la terminología de Larenz. Pero con una visión institucionalista de la sociedad anónima, un cambio estructural como la fusión tiene que ser contemplado con otra perspectiva, y la legítima y necesaria protección de las minorías debe buscar otros cauces de expresión (...) la circunstancia entonces concurrente de que algunos Estados norteamericanos todavía mantuviesen “un derecho parecido al derecho de separación, que antes se denominaba “appraisal right” y que en la más reciente versión de la Ley modelo de sociedades se conoce como “right to dissent and obtain payment for shares”, no es suficiente para alterar nuestra visión negativa del derecho de separación con carácter general en el caso de fusión; el ejemplo norteamericano debe tomarse “cum grano salis”, porque no existe legislación federal sobre el tema, y como es sabido las leyes modelo carecen de fuerza vinculante para los Estados. Por lo demás hay que tener presente los matices de la regulación de los diversos estados norteamericanos, que sólo prevén el derecho de separación en determinados casos y nunca con carácter general, además de exigir una tramitación bastante compleja (...), la misma filosofía sintéticamente descrita, de tránsito de una visión “contractualista” a una visión institucionalista, imperaba en el ámbito comunitario y se plasmó en la Tercera Directiva de Sociedades de 7 de octubre de 1978 (Directiva 78/855/CEE). La incorporación (...) de la

Tercera Directiva que (llevó) a cabo la Ley de Reforma y se (reflejó) en el TRLSA, obligó a éste cambio de filosofía, que en materia de fusión alcanza el climax en la eliminación del derecho de separación del accionista (...). Aun sin el mandato derivado de la Tercera Directiva en materia de sociedades, probablemente el Derecho español habría seguido idéntica evolución para adecuarse a las exigencias de la realidad (...) mantener con carácter general el derecho de separación del accionista habría sido incompatible con el contenido de la Tercera Directiva. Y una vez eliminado con carácter general el derecho de separación del accionista en caso de fusión, es claro que no debe admitirse una cláusula estatutaria que lo reconozca”.

⁷²⁸ CAMPOBASSO, D. F., “*Diritto Commerciale*”, v. 2 (*Diritto delle Società*), UTET, Turin, 2007, 632 ss.; ENNA, G., “*Fusione, scissione e scorporo de società. Aspetti giuridici, rivelazioni contabili, fiscali*”, Sistemio Editoriali, Milan 2007, p. 19 ss.; MACLIULO, F., “*La fusione delle società*”, Ipsoa, Milan 2009, pp. 49 ss.

⁷²⁹ GÓMEZ SEGADÉ, J. A., op. cit. (*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*), pp. 5036-5037, alude, en una determinada posición teórica, que son notas esenciales de la fusión, que ésta “implica una modificación estatutaria”, que “conlleva continuidad económica” y que “implica la continuidad jurídica de la condición de socio”, que precisa que la fusión “implica una modificación estatutaria, que se produce uno actu”, que “no hay disolución y luego fusión”, sino que “muy al contrario” que es la fusión la que “acarrea la extinción de las sociedades absorbidas o de las sociedades que se fusionan para crear una nueva sociedad” de tal manera que “la extinción es automática”, añadiendo lo siguiente en relación con la legislación derogada, pero que es pertinente traer a colación por cuanto aquella legislación constituye el antecedente inmediato de la regulación actual, además de por su la similitud con la regulación vigente, “No hay disolución y luego fusión, como señalaba el artículo 142 de la LSA de 1951 (“acordando previamente la disolución”). Por el contrario, del actual artículo 233 TRLSA se deduce que la fusión exige un único acuerdo social. Quizás como residuo de la antigua regulación en el artículo 260.1.6º se continúa mencionando como causa de la disolución la fusión de la sociedad, aunque el artículo 261 precisa que en este caso no es necesario el acuerdo de disolución. Sea como fuere, lo cierto es que no hay disolución, y, por tanto, a pesar de la mención del artículo 260 TRLSA, no se aplicará ninguno de los preceptos del Capítulo IX del Texto Refundido referidos a la disolución. Muy al contrario, la fusión, como puntualiza con rigor el artículo 233, acarrea la extinción de las sociedades absorbidas o de las sociedades que se fusionan para crear una nueva. La extinción es automática, y por eso el artículo 233.1 del Reglamento del registro Mercantil (RRM) establece que “una vez inscrita la fusión, el Registrador cancelará de oficio (...) los asientos de las sociedades extinguidas, por medio de un único asiento”; Afirma SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 38, pp. 382-383, que “no es tampoco es acertada la identificación de la fusión por absorción con la modificación estatutaria o escrituraria de la absorbente como consecuencia de un aumento de capital, ya que puede suceder que esto no tenga lugar si existe una suficiente autocartera, o que se trate de supuestos en los que el aumento de capital no procede por pura lógica económica cuando se trata de absorción de sociedades íntegramente participadas (...), o existe en la sociedad absorbida identidad entre activo y pasivo o una superioridad de éste que haga imposible la continuidad de los socios de la sociedad extinguida en la absorbente”.

⁷³⁰ Precisa QUIJANO, J., “Artículo 258”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 285, que la referencia que en aquel precepto se efectúa a “cualquier modificación” para atribuir competencia a la Junta general, “no es gratuita” y “abarca una notable multiplicidad de supuestos (...)”, que conceptualmente se podrían situar entre las modificaciones jurídicamente irrelevantes (...) y las modificaciones estructurales que, aunque impliquen modificación estatutaria, tienen otra consideración y están sometidas a otro régimen”.

⁷³¹ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), tras afirmar en p. 366, afirma que “ciertamente, hay tipificación de la figura, hecho por el derecho positivo, más esta tipificación sirve al fin de acotar el sector de la realidad social a la que se aplica la reglamentación legislativa. Estas normas, meramente delimitadoras, sí reflejan una unidad del instituto jurídico. Pero las normas que propiamente contienen preceptos materiales de régimen se resisten a la construcción unitaria”, y concluye, en p. 367, que “en definitiva, pues la caracterización de la fusión tiene que desdoblarse en las fases y requisitos que la ley establece, cuya naturaleza se verá en cada momento, y el conjunto de fases y elementos está relacionado bajo ese concepto de “procedimiento”. Aunque hay unidad, es unidad en la complejidad: sólo como procedimiento se puede construir unitariamente la fusión”.

⁷³² Sobre el carácter contractual de la fusión SEQUEIRA MARTÍN, A., “*La fundación de una sociedad*”, *anónima mediante fusión por creación de una nueva sociedad*”, en Derecho de Sociedades Anónimas, t. I, La Fundación, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1991, p. 923.

⁷³³ Díez-PICAZO, L., “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”, v. I, Introducción. Teoría del contrato, (sexta edición); Civitas/Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 332, afirma que de un modo estricto “dentro de la idea de formación sucesiva del contrato deben colocarse

solamente los supuestos en que la contratación se verifica a través de un procedimiento o proceso de formación, entendidas las ideas de procedimiento y proceso como desarrollo de actividades que se lleva a cabo mediante una regular sucesión para la obtención de un determinado efecto jurídico”.

⁷³⁴ LARENZ, K., “*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*”, p. 67

⁷³⁵ LARENZ, K., “*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*”, p. 70.

⁷³⁶ Aplicando, *pari passu* y cambiando lo que debe ser cambiado, las consideraciones que efectúa DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”, v. I), pp. 400-403, sobre la formación el contrato mediante subasta o concurso, siendo destacable la siguiente afirmación, que efectúa en p. 400, “la asimilación entre el procedimiento de formación de un contrato por la concurrencia de una oferta y de una aceptación y el procedimiento de formación del contrato por subasta, aún sin negar la proximidad o el paralelismo que pueda existir, no es admisible. El mecanismo de la subasta constituye un medio autónomo de contratación, y existen en él tres momentos diferentes, que no pueden ser reducidos a los escuetos términos de la oferta y la aceptación”; SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión*), p. 201, advierte del “desplazamiento del modelo clásico del negocio jurídico en lo que se refiere a su proceso de formación”.

⁷³⁷ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión*), p. 199, tras destacar la dificultad de poder determinar el momento en que se produce el acuerdo o negocio de fusión, indica lo siguiente: “Es factible reducir las múltiples posiciones doctrinales a lo que podríamos denominar dos modelos base de referencia en lo que se refiere a donde colocar el negocio de fusión con carácter ya definitivamente vinculante para las sociedades que son parte en él. Se puede situar el negocio en el proyecto de fusión, o bien en un momento posterior que sería aquél en el que la voluntad de todas las sociedades se manifestaran ya de forma conjunta en torno al contenido negocial por ellas definitivamente aceptado. En cualquier caso el problema sólo sería planteable desde que el proyecto de fusión estuviera ya finalizado, en cuanto que no es discutible el que antes no puede todavía hablarse de la existencia de una fusión, pero sin querer obviar con esta afirmación los múltiples problemas que la retirada de una sociedad de los pactos preliminares hecho de forma injustificada y de mala fe. Podría plantear en el ámbito de las responsabilidades extracontractuales”.

⁷³⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 120-121, indican que los efectos de la fusión se producen con la inscripción registral, aduciendo la terminante dicción del artículo 46.21 LME en relación con nuestro ordenamiento jurídico, añadiendo lo siguiente: “pero lo que no termina de estar claro en qué exacto momento del referido iter procedimental se produce jurídicamente la vinculación negocial entre las sociedades intervinientes (¿cuándo los administradores de todas las sociedades suscriben el proyecto común de fusión?. ¿Cuándo se adopta el acuerdo de fusión por las juntas de socios de todas las sociedades?, ¿cuándo se otorga la escritura pública de fusión?)”.

⁷³⁹ El comentario Oficial a la sección 11.08 de la Model Business Corporation Act, precise lo siguiente: “Under section 11.08, unless otherwise provided in the plan of merger or share exchange, a domestic business corporation that is a party to a merger (...) may abandon the transaction without shareholder approval, even though the transaction has been previously approved by the shareholders. The power under section 11.08 to abandon a transaction without shareholder approval does not affect any contract rights that other parties may have. The power of a foreign business corporation or a domestic or foreign eligible entity to abandon a transaction will be determined by the organic law of the corporation (...), except as provided in sections 11.02(b.1) and 11.03(b.1)””; El California Corporations Code Section 1105, establece: “The board may, in its discretion, abandon a merger, subject to the contractual rights, if any, of third parties, including other constituent corporations, without further approval by the outstanding shares (Section 152), at any time before the merger is effective”.

⁷⁴⁰ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 389, Alude a que la “insuficiencia de la consideración aislada de los acuerdos de cada sociedad para justificar los efectos de la fusión, exige la necesidad de un convenio entre ellas que justifique los efectos traslativos y extintivos que son propios de la fusión”, y en p. 390, tras indicar que el proceso de fusión, se estructura, legalmente y de forma expresa, diferenciando las diferentes fases por las que el mismo transcurre, partiendo del proyecto de fusión, pasando por su sometimiento al acuerdo de fusión de cada una de las sociedades participantes en la fusión y finalizando con la inscripción de la fusión, precisa lo siguiente: “pero sin que aparezca con claridad en qué fase del procedimiento se ubica el necesario convenio de fusión por el que las sociedades quedan ya vinculadas al proceso sin posibilidad de una voluntaria desvinculación unilateral sin consecuencias sancionadoras”; “El negocio jurídico de fusión sólo puede llevarse a cabo con escrupuloso respeto al

proyecto suscrito y cualquier modificación es tratada legalmente como rechazo a la realización del negocio (artículo 40 de la Ley de Modificaciones Estructurales)”, afirma la RDGRN de 6 de abril de 2013, (BOE 14/05/2013).

⁷⁴¹ El comentario Oficial a la sección 11.06 de la Model Business Corporation Act, indica lo siguiente: “The filing of articles of merger or share exchange makes the transaction a matter of public record. The requirements of filing are set forth in section 1.20. The effective date of the articles is the effective date of their filing, unless otherwise specified. Under section 1.23, a document may specify a delayed effective time and date, and if it does so the document becomes effective at the time and date specified, except that a delayed effective date may not be later than the 90th day after the date the document is filed”; Según el artículo 12 de la Directiva 2005/56: “La legislación del Estado miembro a la que esté sujeta la sociedad resultante de la fusión transfronteriza determinará la fecha de efectividad de la fusión transfronteriza. Esta fecha deberá ser posterior a la realización del control contemplado en el artículo 11”; Precisa el artículo 46.1 de la Ley 3/2009, que “La eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente”.

⁷⁴² Según el California Corporations Code section 1105: “The board of each corporation which desires to merge shall approve an agreement of merger. The constituent corporations shall be parties to the agreement of merger and other persons, including a parent party (Section 1200), may be parties to the agreement of merger”; Al tenor del Kansas. Corporation 2012 Statute 17-6702 : “All the constituent corporations shall enter into an agreement of merger or consolidation”.

⁷⁴³ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 120, indican que “en ésta operación hay presente un aspecto negocial o contractual (en cuanto que las dos o más sociedades implicadas llegan a un acuerdo bilateral o plurilateral de fusionarse, que a su vez es el resultado de una negociación), y un aspecto procedimental (en cuanto que los específicos efectos (...)) sólo se pueden alcanzar como consecuencia jurídica de un específico procedimiento regulado en la Ley, que comprende una serie de etapas y requisitos).

⁷⁴⁴ A la “estructura del negocio jurídico” alude DE CASTRO, F., “*El Negocio Jurídico*”, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1985, (reedición del original publicado en 1971 por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos), que desarrolla en el Capítulo III, pp. 53-72.

⁷⁴⁵ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión*), p. 202, en donde precisa que “sería probablemente factible entonces, al margen de que existiera o no un proyecto previo, pudiera ofrecer a las demás sociedades la oferta de fusión que considere más aceptable, y ¿por qué no? También otras nuevas no presentes inicialmente en el diseño. Y ello sería sí en función de la libertad para contratar y para fijar el contenido del contrato en conexión con la libre autonomía de la voluntad, que en éste caso sería configurada en la Junta general de las sociedades correspondientes. Una construcción clásica del contrato para un reparto clásico de competencias orgánicas. Las cosas podrían haber sido ordenadas así por el legislador pero lo fueron de otra manera”.

⁷⁴⁶ Así sucede según las secciones 11.04 y 11.05 de la Model Business Act. Efectivamente según se indica el comentario Oficial, punto 1: “Under section 11.04, a plan of merger or share exchange must be adopted by the board. Thereafter, the board must submit the plan to the shareholders for their approval, unless the conditions stated in section 11.04(g) or section 11.05 are satisfied”. Igualmente sucede esa simplificación en la fusión de sociedades íntegramente participadas, según el artículo 15 de la Directiva 2005/56/CE, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

⁷⁴⁷ “En el proceso de fusión existen por tanto unas fases de las que no se puede prescindir ni directa ni indirectamente, y esto sucedería si se dejara jugar libremente a las sociedades en la elaboración de la propuesta por la Junta general y se admitiera la absoluta posibilidad de su oferta a otras sociedades. Simple y llanamente se estaría prescindiendo materialmente, que no formalmente, del “proyecto de fusión”. Bajo la apariencia del respeto al proceso se estaría introduciendo otro modelo negocial, el clásico, que desplazaría al legalmente preconfigurado”, afirma SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión*), p. 202.

⁷⁴⁸ Probablemente sea trasladable, aquí la idea que ya expresara GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*), p. 622, acerca del “contrato de fusión”, que “está por encima de su mención legal expresa”, afirmando que “en estas relaciones externas a que se refieren las bases, estará el contenido de unas posibles emisiones de voluntad que, en definitiva, determinarán la existencia de un negocio jurídico, si se quiere plurilateral, pero que versa sobre las condiciones en que la fusión va a tener lugar (...). Por otra parte, sin la existencia de esta vinculación externa, no sería posible mover el resto de los

actos de fusión; y sin el contenido de éste negocio jurídico, el acuerdo en blanco de conformidad de fusión sería ineficaz, de no construirse como autorización al órgano administrativo”.

⁷⁴⁹ Afirma el Comentario Oficial punto 1, a la Sección 11.04. Debiéndose tener en cuenta que según el punto 6 del Comentario Oficial a la Sección 11.02: “Effective Date of Merger. A merger takes effect on the date the articles of merger are filed, unless a later date, not more than 90 days after filing, is specified in the articles”, y que según la Sección 11.06: “(a) After a plan of merger or share exchange has been adopted and approved as required by this Act, articles of merger or share exchange shall be executed on behalf of each party to the merger or share exchange by any officer or other duly authorized representative”.

⁷⁵⁰ En relación con el sistema instaurado por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, indica SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 392, que “al actuar los administradores al margen de sus competencias de representación orgánica cuando realizan el proyecto de fusión y quedar las sociedades vinculadas sólo según lo adopten, se puede afirmar que el proyecto no es sino un negocio celebrado en nombre ajeno pero sin poder de representación, de forma que la favorable decisión posterior de cada sociedad actúa como una ratificación del mismo en función de la cual ya sí queda vinculada (art. 1529 CC). El conjunto de las ratificaciones mediante la aprobación del proyecto por las juntas de todas las sociedades actúa como conditio iuris de la eficacia definitiva a la que aquél estaba sometida. El proyecto común de fusión es, en consecuencia, la fase en la que hay que situar el negocio de fusión, de forma que el acuerdo de las juntas de las sociedades actúa como una ratificación del mismo, aunque los efectos definitivos penden del hecho de que la dicha aprobación del proyecto se haya realizado por todas las sociedades dentro del plazo de los seis meses siguientes a su suscripción (art. 30.3)”. En relación con la situación anterior afirma, en op. cit. (*La fundación de una sociedad anónima mediante fusión por creación de una nueva sociedad*), pp. 922-923, que “el negocio de fusión constituye el momento perfectivo de la fusión, pero los acuerdos sociales se muestran también como necesarios, porque además de generar sus propios efectos internos son el instrumento de conformación de la voluntad social de cada una de las sociedades que conjuntamente manifestada ha de servir para poder hablar de la existencia de un negocio de fusión. El problema se sitúa en clarificar en qué momento del proceso de fusión tiene lugar el negocio de fusión y la función que cumple el acuerdo de cada una de las sociedades en relación con él (...), si se estima que el negocio de fusión, y con él la vinculación definitiva de las sociedades, tiene lugar en un momento anterior al otorgamiento de la escritura de fusión, podría considerarse que la fusión es única. Nos encontraríamos con un régimen jurídico único e indistintamente aplicable a la fusión fuera cual fuese la clase elegida (...). La ubicación del negocio de fusión en el acto de otorgamiento de la escritura supondría que hasta ese momento no existe fusión porque no existe contrato y que por lo tanto, al igual que sucedería si el momento perfectivo se trasladase a su inscripción registral (...), hasta ese momento cualquiera de las sociedades puede volver sobre sus acuerdos procediendo a revocarlos. Y el contrato de fusión sería entonces además diferente según fuera para constituir una nueva sociedad o para proceder a una fusión por absorción, estribando la particularidad de cada una precisamente en el contenido del contrato de fusión”; El mismo autor en op. cit. (*El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión*), p. 199, indica que “al margen que se considere por su naturaleza jurídica un precontrato, un negocio sometido a condición suspensiva, o a una simple “conditio iuris”, o incluso un negocio incompleto pendiente de ratificación, por no citar algunas otras posibles interpretaciones, supondría indudablemente resolver el problema en sentido negativo de inadmisibilidad de alteraciones esenciales de lo que era el contenido del proyecto originario del proyecto. Y ello porque dogmáticamente no sería correcto ni congruente con el modelo. (...). Una interpretación coherente con el modelo del que ahora se parte supone entender que el legislador habría reglamentado un procedimiento de fusión estructurado en diversas fases, y en torno a las cuales los diferentes órganos societarios manifiestan sus competencias en conformidad con la función que la ley les permite. El nexo de unión negocial se encontraría en el proyecto de fusión, que elaboran los administradores en función de las competencias que la ley les atribuye a estos efectos, y posteriormente las juntas de las sociedades manifiestan su voluntad vinculante en el período de tiempo establecido a estos efectos, de forma que el negocio deja de existir si no todas si lo hacen dentro de él. Las sociedades a medida que van manifestando su voluntad, si es que no lo hacen simultáneamente. Van quedando vinculadas sin posibilidad alguna de resolver unilateralmente el vínculo negocial ya establecido”.

⁷⁵¹ La Sección 11.05.(a) de la MBCA indica que “(a) A domestic parent corporation that owns shares of a domestic or foreign subsidiary corporation that carry at least 90% of the voting power of each class and series of the outstanding shares of the subsidiary that have voting power may merge the subsidiary into itself or into another such subsidiary, or merge itself into the subsidiary, without the approval of the board of directors or shareholders of the subsidiary, unless the articles of incorporation of any of the corporations otherwise provide, and unless, in the case of a foreign subsidiary, approval by the subsidiary’s board of directors or shareholders is required by the laws under which the subsidiary is organized”. El Comentario Oficial a la Sección 11.05, último párrafo señala que “Section 11.05 dispenses with approval by the board of directors or

the shareholders of a subsidiary that is merged into the parent or another subsidiary if the conditions of the section are met. Section 11.05 does not in itself dispense with approval by the shareholders of the parent. Under section 11.04(g), a merger of the kind described in section 11.05 in which the subsidiary is merged upstream into the parent would usually not require approval of the parent's shareholders, because in such cases the parent's articles of incorporation are usually not affected by the merger and the parent usually does not issue stock carrying more than 20% of its voting power. If, however, a parent is merged downstream into the subsidiary, approval by the parent's shareholders would be required under section 11.04".

⁷⁵² Efecto de la Fusión o Canje de Acciones.

⁷⁵³ Precisa PEÑAS MOYANO, B., op. cit. (*Las clases de acciones como instrumentos financieros en los Derechos de Sociedades Británico y Estadounidense*), p. 284, en torno al derecho de separación, que "se trata de un derecho que parece reconocido en casi todas las leyes sobre corporaciones de los Estados Unidos, pero la tónica general es la de que los supuestos para los cuales se establece la operatividad de este derecho son muy concretos y limitados, lo que hace que los accionistas no se vean protegidos, con esta posibilidad de abandonar la entidad en muchas situaciones que sin duda la merecen, (...). Ante ello, no ha faltado, sin embargo, la sensibilidad de los tribunales de justicia estadounidenses para reconocer ese derecho de separación en casos diversos a los supuestos para los que en principio está previsto, por resultar claramente insuficientes, lo que ha supuesto la creación de "appraisal-type remedies in non-statutory situations", o incluso si el appraisal right, ante la concreta situación resultaba inadecuado, se ha utilizado por algunos innovadores jueces el recurso a "equitable remedies"."

⁷⁵⁴ Así se reconoce para los supuestos de fusión y de consolidación en el párrafo 262 de la Delaware General Corporation Law.

⁷⁵⁵ Máxime si se tiene en cuenta que el traslado internacional de domicilio no es equiparable a la fusión, de modo que "aunque no siempre presenta las características que permitan englobarlo dentro de la categoría de las modificaciones estructurales" (lo que sucederá cuando se acuerde aisladamente y no conlleve consecuencias afectantes a la estructura fundamental de la sociedad anónima), "sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable la sociedad aconsejan su inclusión en el mismo texto legal", indica el apartado I, párrafo tercero del Preámbulo de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; Indica GACIMARTIN ALFEREZ, F. J., "*El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora*", RdS núm. 16, 2001-1-, p. 119, que el derecho de separación combinado con las mayorías exigibles, en el traslado de domicilio al extranjero prevé tanto "el riesgo de expropiación" como el "riesgo de extorsión".

⁷⁵⁶ Por su relevancia para las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas conviene reproducir, parcialmente, el contenido de la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de Marzo de 2011, según la cual: "2. 1. El objeto social. 19. A diferencia de lo que acontece con las compañías colectivas que no precisan tener "género de comercio determinado" de conformidad con el artículo 136 del Código de Comercio, cuando se trata de sociedades anónimas, por diversas razones, nuestro Ordenamiento ha venido exigiendo la constancia del "objeto social" en la escritura pública de constitución, y así: el artículo 286 del Código de Sainz de Andino disponía que se dejase constancia del "ramo de comercio, fábrica o navegación sobre que ha de operar la compañía en el caso de que esta se establezca limitadamente para una o muchas especies de negociaciones"; el 5 de la Ley de 28 de enero de 1848 ordenó que la constitución de las compañías mercantiles por acciones debería tener lugar "precisamente para objetos determinados"; el 151 del Código de Silvela requirió la indicación de "las operaciones a que destine su capital"; el artículo 11.3º .b) de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 dispuso en su redacción originaria que en los estatutos se expresase "el objeto social" sin otras precisiones; y el artículo 8.5º.b) en la redacción dada por la Ley 19/1989, de 25 de julio "el objeto social, determinando las actividades que lo integran"; esta redacción se mantuvo en el artículo 9 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre, y hoy se recoge en el artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital. 20. La exigencia de constancia del objeto también fue objeto de atención por vía reglamentaria de tal forma que: el artículo 1.3º del Real Decreto de 17 de febrero de 1848 para la ejecución de la Ley de 28 de enero impuso como contenido necesario de las escrituras de constitución de las compañías mercantiles por acciones la determinación del "objeto o ramo de industria o de comercio, a que exclusivamente ha de dedicarse la compañía"; el 37 del Reglamento Interino para la organización y régimen del Registro Mercantil, aprobado por Real Orden de 27 de diciembre de 1885, por remisión al 151 del Código de Comercio la indicación de "las operaciones a que destine su capital"; la circunstancia 5ª del artículo 112 circunstancial del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919 la expresión de "las operaciones a que destine su capital"; el artículo 102.b) del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Decreto de 14 de diciembre de 1956 la identificación de "la clase de operaciones a que se dedique la sociedad"; el artículo 117.1 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1597/1989 de 29 diciembre la "determinación precisa y

sumaria de las actividades que lo integren”, y el 117.1 del Reglamento de 1996 que se haga constar “el objeto social (...) determinando las actividades que lo integren”. 2.2. El derecho de separación. 21. Como peculiar fórmula de tutela de la minoría frente a la capacidad de los capitales de dominio para imponer por el juego de las mayorías y sin necesidad de pacto con los minoritarios, la modificación del objeto social, nuestro sistema autoriza a los disidentes a romper el vínculo con quiebra de la regla de irreversibilidad de la inversión y del principio de integridad del patrimonio de la sociedad, y de forma similar a la prevista en el artículo 2437 del Código Civil italiano –“(i) soci dissenzienti dalle deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società, o il trasferimento della sede sociale all'estero hanno diritto di recedere dalla società e di ottenere il rimborso delle proprie azioni...” (Los socios que se hayan opuesto al acuerdo de cambio de objeto o del tipo social, o al traslado de la sede social al extranjero tienen el derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones....)-, que constituye el precedente del artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 a tenor de cuyo párrafo 4º “(c) cuando la modificación consiste en el cambio de objeto, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo tendrán el derecho de separarse de la sociedad y de obtener el reembolso de las acciones propias...”, de donde pasó al artículo 147 del texto refundido de 1989, a cuyo tenor “cuando la modificación de los estatutos sociales consiste en la sustitución del objeto, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo y los accionistas sin voto tendrán el derecho de separarse de la sociedad”. 2.3. Objeto social vs. forma de explotación del objeto. 22. No precisa la norma vigente si la sustitución del objeto social hace referencia exclusivamente al cambio del sector de la industria o comercio en el que la empresa explotada por la sociedad despliega su actividad negocial, o, por el contrario, también comprende la modificación de la forma de intervenir dentro del mismo sector con tal trascendencia que se sustituye “la actividad”, ni si es preciso que la sustitución sea total y absoluta. 23. Nuestra respuesta debe partir de las siguientes premisas fijadas por la sentencia 438/2010, de 30 junio: 1) La sustitución no debe ser calificada desde una visión absoluta -conforme a la que sólo sería admisible el derecho de separación cuando aquella fuera total, esto es, con reemplazo en el texto estatutario de una actividad por otra -sino relativa, atendiendo como razón identificadora del objeto social a la sustancia del mismo que permite definirlo como tipo, poniéndola en relación con el fin de la norma, que no es otro que respetar la voluntad del socio que ingresó en una sociedad que explotaba un determinado negocio, admitiendo que condicione su permanencia a la de la finalidad objetiva que fue la base de su relación con aquella. 2) No habrá sustitución cuando la modificación, por adición o supresión, resulte intrascendente desde aquel punto de vista y, menos, en los casos de mera concreción o especificación de las actividades descritas en los estatutos, pero sí cuando se produzca una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta: caso de la eliminación de actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias; o de la adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio social tenga un destino distinto del previsto en los estatutos. 24. A ello, en la medida que facilita la identificación de lo que debe entenderse por “objeto social”, añadiremos que la toma de participaciones en otras sociedades no comporta necesariamente actuación fuera del objeto ya que, deben atenderse las circunstancias del caso y, como afirma la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1990 “Crear filiales o tomar participación en otras Sociedades que tengan el mismo objeto social constituye, cuando así se ha previsto específicamente, una modalidad indiscutible de ejercicio del objeto”, lo que no deja de concordar con la previsión contenida en el artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil vigente en dicha fecha a cuyo tenor “Si se pretendiera que las actividades integrantes del objeto social puedan ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo, se indicará así expresamente”. 25. De las indicadas premisas cabe deducir: 1) Que en aquellos supuestos en los que la sociedad procede a tomar participaciones o realizar simples “inversiones de participación” en sociedades del mismo sector en el que actúa la inversionista, en cuyo caso no existe sustitución de empresa, constituyendo simples actos de ejecución de la actividad -en este sentido, mientras por un lado la sentencia de 9 mayo 1986 afirma que la inversión en una compañía “que pertenece prácticamente a la demandada en su totalidad y que, según la documentación aportada tiene por objeto el comercio y distribución, entre otros, de productos alimenticios, cuales los de la ahora participada” no modifica o altera el objeto social, sino que contribuye al objeto social, por otro el artículo 2361 del Código Civil italiano, dispone que “L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nell'atto costitutivo, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo” (No está permitida la compra de participaciones en otras empresas, aunque esté prevista de forma genérica en el acto constitutivo, si por el volumen y el objeto se modifica sustancialmente el objeto social especificado en el acto constitutivo). 2) Por el contrario, cuando la previsión estatutaria es realizar “directamente, la distribución de energía eléctrica”, la sustitución de la explotación directa por la indirecta, mediante la creación de un grupo de empresas con unidad de dirección, sujetando la dominada a la dirección de la dominante, supone una “sustitución de la

actividad” de la sociedad aunque el negocio se desenvuelva en el mismo sector de la industria o del comercio y, a la postre, la “sustitución del objeto”, con alteración de las bases determinantes en su momento de la *affectio societatis*, ya que al no alterarse la estructura propia la “sociedad isla”, sustituir la “explotación directa” de una actividad industrial por la “explotación de acciones y participaciones” sociales, de hecho supone la pérdida de poder del socio que no participa en la gestión sin contrapartida alguna, hurtándole la posibilidad de impugnar los acuerdos anulables de la participada por falta de legitimación, a tenor de lo que dispone el artículo 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital al carecer de la condición de socio de la dominada, y comporta la sustitución de reglas del juego que afectan a condiciones esenciales determinantes de la adquisición de la condición de socio”. EMPARANZA, A., “*Art. 346. Causas legales de separación*”, en *Comentario a la Ley de sociedades de capital*, t.I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 2473, advierte que “los “cambios fácticos” del objeto social no suponen su sustitución desde el momento en que puede producirse de igual modo fáctico su reorientación”.

⁷⁵⁷ Artículo 346, “causas legales de separación”, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual: “1. Los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto, tendrán derecho a separarse de la sociedad de capital en los casos siguientes: a) Sustitución o modificación sustancial del objeto social. (...). d) Creación modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos”.

⁷⁵⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 194.

⁷⁵⁹ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 195.

⁷⁶⁰ EMPARANZA, A., op. cit. (*Art. 346. Causas legales de separación*), p. 2476.

⁷⁶¹ GÓMEZ SEGADÉ, J. A., op. cit. (*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*), p. 5034, donde indica que “una vez eliminado con carácter general el derecho de separación del accionista en caso de fusión, es claro que no debe admitirse una cláusula estatutaria que lo reconozca (...). Semejan te cláusula estatutaria no solo sería contraria a los principios configuradores de la fusión, sino que implicaría una extensión indebida de los casos excepcionales en que el TRLSA reconoce el derecho de separación, que deben considerarse un *numerus clausus*. Todos ellos suponen de *fato* una excepción al principio de sometimiento a la ley de la mayoría y, como tales excepciones, deben ser objeto de una interpretación restrictiva”; Ciertamente el artículo 144 de la Ley de 17 de Julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas establecía que “el acuerdo de fusión sólo obligará a los accionistas que hayan votado a su favor. Los disidentes y los no asistentes a la Junta gozarán de la facultad de separarse de la sociedad en la misma forma establecida en el artículo ciento treinta y cinco de esta Ley para el caso de transformación”; No obstante hoy en día parece afianzarse derecho de separación, pues así sucede, además de en la Directiva 2005/56, en el artículo 44.1 de la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, según el cual: “Las IIC permitirán el derecho de los partícipes o accionistas de solicitar, sin más gastos que los que las IIC retengan para cubrir los costes de desinversión, la recompra o el reembolso de sus participaciones o acciones, o siempre que sea posible, su traspaso en participaciones o acciones de otra IIC con una política de inversiones similar y gestionado por la misma sociedad de gestión o por otra a la cual la sociedad de gestión esté vinculada en el marco de una comunidad de gestión o de control o a través de una importante participación directa o indirecta. En las fusiones de IIC recogidas en la letra c) del apartado 1 del artículo 37 tendrán además la posibilidad de traspasar sus acciones o participaciones a cualquier otra IIC. Ese derecho será efectivo a partir del momento en que se informe a los partícipes o accionistas de las IIC involucradas de la fusión prevista, de conformidad con el artículo 42, y se extinguirá cinco días hábiles antes de la fecha fijada para el cálculo de la ecuación de canje a que se refiere el artículo 45”.

⁷⁶² Que se produce en “cualquier supuesto que lleve aparejado el traslado al extranjero”, indica ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., “*Fase decisoria. Tutela de los intereses de socios y acreedores*”, en *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, t. II, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 114. ; Indica MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “*El derecho de separación del socio en las sociedades de capital y su regulación en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*”, *Revista Práctica de Derecho*, RPD(CEF), núms. 175-176, agosto-septiembre 2015, p. 20.: “De tal forma que lo determinante es que la sociedad resultante de la fusión tenga su domicilio en el extranjero. Este hecho constituye el fundamento del derecho de separación para esta causa legal pues el socio disidente de la decisión adoptada por mayoría no puede quedar obligado a permanecer en una sociedad con un domicilio en otro Estado, es decir sujeta a un ordenamiento jurídico distinto del español con todo lo que ello implica. Esta circunstancia supone una modificación sustancial del

pacto societario pues el socio ingresó en una sociedad. Sujeta al Derecho español, de tal suerte que el paso hacia la sociedad resultante de la fusión, con domicilio en otro Estado, es razón suficiente al socio la posibilidad de abandonar la nueva sociedad”, con lo que matiza, pero no se separa no se separa sustancialmente del fundamento general que aduce para el derecho de separación, y que concreta, en pp. 14-15, en los siguientes términos: “el fundamento del derecho de separación, en última instancia, se encuentra en que el mismo es un instrumento de tutela de los socios minoritarios frente a determinadas decisiones tomadas por la mayoría, válidas y eficaces, pero que modifican sustancialmente algún elemento esencial de la sociedad (...). En el fondo, la justificación de este instituto se encontraría en que el minoritario no está dispuesto a asumir el riesgo que entrañan las modificaciones sustanciales queridas por la mayoría, siendo ese riesgo muy diferente del tenido en cuenta por el socio en el momento de su ingreso en la sociedad”.

⁷⁶³ SÁNCHEZ RUS, E., op. cit. (*La Fusión Transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho Español*), pp. 1027 ss.

⁷⁶⁴ Precisa MARTÍNEZ MUÑOZ, M., op. cit. (*El derecho de separación del socio en las sociedades de capital y su regulación en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*), p.11 que “se puede definir el derecho de separación como el derecho del socio a abandonar la sociedad, siempre que concurra una causa legal o estatutaria habilitante, con devolución de la cuota correspondiente y sin que, en ningún caso, tenga lugar la disolución de aquella”, precisando, en pp. 11-13, sus características como las siguientes: a) “voluntariedad del socio que decide ejercitar el derecho de separación. El socio ejercitará el derecho de separación siempre y cuando lo considere oportuno, es decir, será decisión suya hacer uso de ese derecho o, por el contrario, continuar siendo socio de la sociedad”, b) “El ejercicio (voluntario) del derecho de separación aparece supeditado al necesario acaecimiento de una causa, legal o estatutaria, de separación. Así el socio no puede hacer uso de este instituto de forma oportunista sino únicamente cuando concurra uno de los casos previstos en la Ley o en los estatutos. Este rasgo queda en parte eliminado con la regulación dada en el anteproyecto en la medida en que se permite la separación ad nutm o sin causa, por la simple voluntad del socio”; c) “El derecho de separación opera unilateralmente, esto es, la margen del resto de los socios. Una vez ha decidido ejercitar su derecho, quedará este facultado para abandonar la sociedad sin que para ello resulte necesario el consentimiento de sus consocios, únicamente deberá el socio que se separa comunicar su decisión por escrito”; d) “El derecho de separación no provoca la disolución de la sociedad, salvo que, como consecuencia de la reducción de capital realizada tras el reembolso de su participación al disidente, se rebaje esa cifra de capital por debajo del mínimo legal (...). No obstante, en estos casos, la disolución se producirá no como consecuencia del derecho de separación, la sociedad debe reembolsar la cuota del haber social pero para ello puede recurrir a varias alternativas distintas de la reducción de capital”; e) “Por lo general, la sociedad seguirá perdurando al seguir integrada ésta por el resto de los socios que no han ejercitado el derecho de separación, manteniéndose intacta la persona jurídica así como la actividades sociales desarrolladas. Por esto, el derecho de separación se configura como un supuesto de disolución parcial del vínculo societario mediante la determinación dde la cuota les corresponde a los socios en el haber social”; f) “El derecho de separación no provoca el mecanismo de desamortización de acciones (...) propiedad del socio separatista, extinguiéndose así el puesto de socio que se separa y teniendo lugar una reducción de capital, salvo que la propia sociedad adquiera las acciones (...) del socio (...). En efecto lo normal cuando se ejercita el derecho de separación es que tenga lugar la liquidación parcial de la sociedad mediante el reembolso de la cuota social correspondiente al socio que se separa, amortización dde sus acciones (...), reducción de capital social y extinción del puesto de socio. Esta extinción del puesto de socio es fundamental y es lo que diferencia el régimen de la separación de la mera transmisión de la titularidad de las acciones o participaciones pues el puesto de socio seguirá existiendo, si bien lo ocupará un apersona distinta”; Sobre el fundamento del derecho de separación, en las sociedades capitalistas, en la protección de las minorías EMPARANZA, A., op. cit. (*Art. 346. Causas legales de separación*), p. 2471; Históricamente ya la doctrina mercantilista más destacada ha conocido posiciones favorables y adversas a este derecho así GARRIGUES, J. y URÍA, R., “*Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*” T. II, Madrid 1976, p. 202, lo configuraban como el arma más eficaz para la defensa de los derechos de los socios minoritarios contra los excesos y atropellos de los socios mayoritarios, por contra GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*), p. 468, y MOTOS MGUIRAO, M., “*La separación voluntaria del socio en el Derecho Mercantil español*”, Revista de Derecho Notarial, RDN, núm. 11, 1956, p. 111, manifestaban que el ejercicio del derecho de separación podía comprometer seriamente la supervivencia de la sociedad al provocar su descapitalización a causa de la salida de fondos y reembolso de las cuotas; Sobre la similitud del reconocimiento del derecho de separación del accionista en los distintos ordenamientos de los que venimos tratando FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “*La arbitrariedad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una sociedad anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero*”, RdS, núm. 29, año 2006-1, pp. 274-278; No obstante CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), pp. 744-745, indican que “el mero dato de las internacionalidad de la fusión no desata el derecho de separación”; El reconocimiento del derecho de separación en las fusiones

transfronterizas supone “normalizar” ese derecho respecto de las sociedades anónimas cotizadas, de tal manera que se supera la idea de que “la aplicación del derecho de separación tiene su hábitat natural en las sociedades cerradas”, como expone EMPARANZA, A., op. cit. (*Art. 346. Causas legales de separación*), p. 2472.

⁷⁶⁵PERDICES, A., “*Artículo 123. Restricciones a la libre transmisibilidad*”, en el Comentario a la Ley de Sociedades de Capital (Á Rojo y E. Beltrán, Dirs), t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Madrid 2011, p. 993; Plantea esta cuestión en relación con el derogado TRLSA, ESTEBAN RAMOS, L. Mª, op. cit. (*Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección*), pp. 60-62.

⁷⁶⁶ Ejemplares al respecto son las SSTJUE de 23 de octubre de 2007, asunto C-112/05, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania (asunto “Ley Volkswagen”), y de 6 de diciembre de 2007, asuntos acumulados C-463/04 y C-464/04, Federconsumatori, y otros contra Comune di Milano; Ha de tenerse en cuenta la observación efectuada por el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 26 de las presentadas el 7 de septiembre de 2006, en el segundo de aquellos procedimientos, según la cual: “los Estados no tienen derecho a limitar de manera selectiva el acceso de operadores (al mercado). En caso de privatización de sociedades anteriormente públicas, este requisito es especialmente importante. Si el Estado tuviera derecho a mantener formas especiales de control del mercado sobre las sociedades privatizadas podría frustrar fácilmente la aplicación de las normas en materia de libre circulación mediante la concesión de un acceso exclusivamente selectivo y potencialmente discriminatorio a partes sustanciales del mercado nacional”; En su sentido más amplio “golden share” o “acción de oro” puede evocar bien “unos regímenes que someten a autorización o a aprobación administrativas determinadas clases de actuaciones con incidencia en la existencia, el objeto social o la estructura accionarial de empresas privatizadas pertenecientes al ámbito de la economía estratégica”, bien “regímenes nacionales que reservan al ejecutivo determinadas prerrogativas de intervención en la estructura accionarial y en la gestión de empresas privatizadas pertenecientes al ámbito de la economía estratégica”, precisa el Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en la Introducción a sus conclusiones presentadas el 6 de febrero de 2003, conjuntamente para los asuntos C-463/00 y C-98/01, resueltos por SSTJUE de fechas 13 de mayo de 2003. En sentido prácticamente idéntico ya se había pronunciado el mismo Abogado General, en sus conclusiones presentadas el 3 de julio de 2001, apartado Introducción, conjuntamente para los asuntos C-367/98, C-483/99 y C-503/99, resueltos por SSTJUE de fechas 4 de junio de 2002, o que “están vinculadas a la prestación de servicios públicos”, así según BUSTILLO SAIZ, Mª del Mar, “*Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la “doctrina” de la acción de oro*”, RDM, núm. 259, enero-marzo 2006, p. 10, la expresión acción de oro “identifica prerrogativas estatales que permiten intervenir en la estructura de empresas que operan en sectores estratégicos o están vinculadas a la prestación de servicios públicos, con independencia del juego de mayorías de capital”. Incluso no parece ajeno al concepto más amplio la constitución o propiciación de “núcleos estables” o “núcleos duros”, “es decir de grupos de accionistas generalmente nacionales -inversores elegidos intuitu personae-, a quienes se reservan paquetes accionariales que garantizan el control de la sociedad y que se comprometen a no ceder la participación antes de cierto tiempo y, simultáneamente, dan al gobierno garantías sobre la gestión de la sociedad”, precisa BUSTILLO SAIZ, Mª del Mar, op. cit. (*Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la “doctrina” de la acción de oro*), p. 41, en el mismo sentido se pronuncia RUÍZ PERIS, I., “*Igualdad de trato en el derecho de sociedades*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 151, y 158-160. De tal manera que a la postre, “no importa tanto si las prerrogativas exorbitantes se incorporan formalmente a algunas participaciones del capital, sino si se atribuyen de una manera privilegiada hasta el punto de disuadir al inversor, en particular al extranjero”, precisa el Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en la conclusión 44 de las presentadas el 13 de febrero de 2007, en el asunto C-112/05, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania (asunto “Ley Volkswagen”), resuelto por STJUE de 23 de octubre de 2007. Según aquel Abogado General aquel asunto se hallaba verdaderamente “al margen de las acciones de oro, stricto sensu, pues los derechos especiales no se atribuyen a los títulos en posesión de los entes públicos”.

⁷⁶⁷ Aquella amplia conceptualización, tachada de inadecuada por BUSTILLO SAIZ, Mª del Mar, op. cit. (*Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la “doctrina” de la acción de oro*), p. 10., únicamente requiere que el Estado, directa o indirectamente, disponga de un conjunto de “facultades especiales, que adoptan diversas formas y presentan distintos contenidos, sin que exija que su atribución esté necesariamente vinculada ni a la condición de accionista del Estado o entidad interpuesta, ni a que esas acciones, en su caso, tengan valor nominal. Se trata de un conjunto de sistemas, técnicas y privilegios que “distorsionan el ordenamiento interno de la sociedad según deriva de la disciplina general de las sociedades”, precisando, en p. 12, “ya que afectan al núcleo esencial del derecho de propiedad por incidir en los derechos políticos de los accionistas, que no pueden decidir libremente sobre aspectos relevantes de su gestión, y (relativos) a la transmisibilidad de las acciones”; En el mismo sentido GARCÍA RUÍZ, E., “*La nueva sociedad anónima pública*”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 99-100.

⁷⁶⁸ Permitiendo “mantener bajo control nacional empresas estratégicas o de utilidad pública a pesar de su privatización”, indica BUSTILLO SAIZ, M^a del Mar, op. cit. (*Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la “doctrina” de la acción de oro*), p. 11, llegándose a definir como una serie de técnicas jurídico-públicas o administrativas de intervención “ajenas al Derecho de sociedades, al resultar de derechos otorgados al poder público incompatibles con el régimen general de sociedades”, destaca GARCÍA RUÍZ, E., op. cit. (*La nueva sociedad anónima pública*), p. 192, que tacha de “impropias de un sistema económico de mercado”, y que han desembocado, a la postre, en la determinación de un conjunto de sociedades de difícil calificación, “ni públicas ni privadas”, precisando en p. 103 que cuando se alude a “acción de oro” o “golden share”, en sentido amplio, no resulta prescindible que el socio público sea accionista, lo cual “es una situación desconocida por la legislación societaria. En estos casos la sociedad deja de cumplir uno de los presupuestos exigidos por la propia Ley, y además la legislación mercantil no parece que prevea esa posibilidad”. Sin embargo la alusión a “acciones privilegiadas” mantenidas por el Estado en empresas privatizadas, así como a “acción(es) de oro” o “golden share(s)”, en sentido propio o estricto (*stricto sensu*), exige que el Estado asuma, directa o indirectamente, la condición de accionista, de tal modo que esa titularidad de acciones permita el control societario con laxitud, pero según las diferentes legislaciones societarias. En sentido prístino se alude a “golden share” o “acción de oro”, como una acción privilegiada derivada de “transformar mediante una norma incluida en los estatutos -o establecida legal o reglamentariamente- una acción ordinaria de la sociedad que se privatiza en acción especial o golden share. Esta acción, que tras la privatización queda en manos del Gobierno, lleva aparejados unos derechos especiales que hacen imprescindible el consentimiento de su titular para que la entidad pueda adoptar válidamente determinadas decisiones que se consideran relevantes para los intereses nacionales”, indica CRUZ FERRER, J., “*Principios de regulación económica en la Unión Europea*”, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 2002, p. 292; RUÍZ PERIS, I., opus cit. (*La igualdad de trato en el derecho de sociedades*), p. 150, alude a una “una acción superprivilegiada con derechos especiales, pero habitualmente privada del derecho a voto, conferida al Estado”. En todo caso la manera en que se manifiesta aquel “shelter concept” (macroconcepto) “acción de oro” o “golden share”, no es indiferente y tiene consecuencias respecto de la validez y eficacia de las pertinentes decisiones o acuerdos de la empresa privatizada, como precisa en pp. 151-152, según el supuesto concreto se mantenga en el ámbito del derecho de sociedades o lo exceda. Aquella amplia conceptualización, tachada de inadecuada por BUSTILLO SAIZ, M^a del Mar, op. cit. (*Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la “doctrina” de la acción de oro*), p. 10., únicamente requiere que el Estado, directa o indirectamente, disponga de un conjunto de “facultades especiales, que adoptan diversas formas y presentan distintos contenidos, sin que exija que su atribución esté necesariamente vinculada ni a la condición de accionista del Estado o entidad interpuesta, ni a que esas acciones, en su caso, tengan valor nominal. Se trata de un conjunto de sistemas, técnicas y privilegios que “distorsionan el ordenamiento interno de la sociedad según deriva de la disciplina general de las sociedades”, precisando, en p. 12, “ya que afectan al núcleo esencial del derecho de propiedad por incidir en los derechos políticos de los accionistas, que no pueden decidir libremente sobre aspectos relevantes de su gestión, y (relativos) a la transmisibilidad de las acciones”; En el mismo sentido GARCÍA RUÍZ, E., “*La nueva sociedad anónima pública*”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 99-100.

⁷⁶⁹ Asunto C-503/99, Comisión Europea contra el Reino de Bélgica.

⁷⁷⁰ Bien que las “exigencias de seguridad pública, en particular, como excepción al principio fundamental de libre circulación de capitales, deben interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Unión. Por tanto, la seguridad pública sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”, sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2010, asunto C-5453/08, y de 10 de noviembre de 2011, asunto C-212/09, ambos asuntos Comisión contra República Portuguesa. De tal manera que no se puede invocar un motivo relativo a la seguridad nacional o a los intereses generales, sin precisar las razones exactas por las que se considera que cada uno de los derechos especiales vinculados a las concretas “acciones privilegiadas”, acciones de oro” o “golden shares”, o todos ellos permiten evitar tal menoscabo a un interés fundamental nacional, precisando aquel Tribunal en su sentencia de 10 de noviembre de 2011, asunto C-212/09, Comisión Europea contra República Portuguesa, que: a) Que no cabía estimar la alegación de que el Derecho de la Unión, en su estado actual, “no garantiza suficientemente la seguridad del abastecimiento (energético) de los Estados miembros”, lo obligaría a los Estados miembros a “adoptar las medidas nacionales pertinentes para garantizar la protección de dicho interés fundamental para la sociedad”; b) Que incluso si se admitiera que, con arreglo a las normas del Derecho derivado de la Unión, los Estados miembros están obligados a garantizar el abastecimiento (energético) en su territorio nacional, “no puede invocarse el cumplimiento de tal obligación para justificar cualquier medida en principio contraria a una libertad fundamental”.

⁷⁷¹Capítulo VI, “oposición del Gobierno a operaciones transfronterizas, del Título VI, “de las modificaciones estructurales”, del Libro Segundo, “de las sociedades mercantiles”.

⁷⁷² BUSTILLO SAIZ, M^a del MAR, op. cit. (*Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la “doctrina” de la acción de oro*), p. 53.

⁷⁷³ Afirma el Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, en la conclusión 44 de las presentadas el 13 de febrero de 2007, en el asunto C-112/05, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania (que bien pudiera conocerse como el asunto “Ley Volkswagen”), resuelto por STJUE de 23 de octubre de 2007.

⁷⁷⁴ SALAZAR MARTÍNEZ-CONDE, L. y HERNÁNDEZ, V., “La acción de oro del Estado en las empresas privatizadas”, RDBB, núm. 97, enero-marzo 2005, p. 108.

⁷⁷⁵De esta sentencia dieron noticia los principales diarios, al haberse pronunciado pocos días después de que el Gobierno portugués hiciera uso de su “golden share” o “acción de oro” en Portugal Telecom SGPS, S. A., vetando la compra (podrá referirse a la fusión) por Telefónica de la parte de Portugal Telecom SGPS, S. A., en la operadora de telefonía brasileña Vivo. La noticia apareció en el diario “El País” de 9 de julio de 2010, que además de dar la noticia de la sentencia en portada la desarrolla ampliamente en p. 24. Asimismo el diario “ABC” de la misma fecha también da noticia de la sentencia en portada y la desarrolla en p. 36. El diario “El Mundo” de 10 de julio de 2010, desarrolla el contenido de la sentencia en p. 35, y al día siguiente, 11 de julio de 2010, continúa el desarrollo en la página 30. El diario económico “El Economista” de 10 y 11 de julio de 2010 da noticia de la sentencia en portada y la desarrolla en p. 7, repitiéndola el 29 de julio da también noticia de la sentencia y en p. 3, comentándola en pp. 6, 7 y 9. El diario “La Gaceta” de 18 de julio de 2010, da noticia de la sentencia en portada y la desarrolla en p. 29.

⁷⁷⁶ En aquellas sentencias se repiten y reiteran los argumentos de las resoluciones anteriores sobre que debe entenderse por inversiones directas e inversiones de cartera, y las restricciones que sobre las mismas producen las “acciones privilegiadas” mantenidas por el Estado en empresa privatizadas, “acciones de oro” o “golden shares”..

⁷⁷⁷ JIMÉNEZ-BLANCO CARROLLO DE ALBORNOZ, A., “Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, t. IV (Derecho Civil y Derecho Público), Editorial Civitas, S. A., Madrid 1996, p. 5355, que desarrolla la noción de servicio público e interés general en pp. 5356-5360.

⁷⁷⁸ Artículo 106.2 TFUE, que se corresponde con el antiguo artículo 86 CE, bien que “el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión”.

⁷⁷⁹ En aquellos casos Portugal Telecom SGPS, SA, PT y EDP-Energías de Portugal, respectivamente. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO ALBORNOZ, A., op. cit. (*Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*), p. 5355, precisando la noción de servicio público e interés general en pp. 5356-5360.

⁷⁸⁰ TAPIA HERMIDA A., “La acción de oro (“Golden Share”)”. (*Comentario a la STJCE de 28 de septiembre de 2006. Asuntos acumulados C-282/04 y C-283/04*), RDBB, 2008, pp. 199-225, también en “Las “Golden Shares” o “Acciones de Oro” y la proscripción del privilegio”, RDBB, núm. 123, Julio-Septiembre 2011, pp. 9-73.

⁷⁸¹ Ya GARRIGUES J., p. cit. (*Tratado de Derecho Mercantil, t. I, v. 1º*), pp. 407-412, se refería a la crisis de la doctrina contractual para explicar las sociedades mercantiles.

⁷⁸² Sobre el consecuencialismo y al utilitarismo HAUSMAN, D. M. y McPHERSON, M. S., “El análisis económico de la filosofía moral”, Fondo de Cultura Económica/Centro de investigaciones y docencia Económicas, A. C., México, 2007, pp. 166-188; RAWLS, J., op. cit. (*Teoría de la Justicia*), hace una convincente crítica del utilitarismo en pp. 214-223; Se preguntaba GARRIGUES J., p. cit. “*Tratado de Derecho Mercantil, t. I, v. 3º*”, p. 1274: “¿Cuál es la naturaleza jurídica de la fusión? ¿Tienen naturaleza contractual o es solo un acto de derecho corporativo, representado sencillamente en una doble modificación estatutaria? En realidad se trata de una relación jurídica compleja que no es sólo un contrato entre dos sociedades, ni sólo un acto interno de carácter social. Desde el punto de vista interno, es claro que toda fusión exige un acuerdo de disolución por parte los accionistas de la sociedad anexionada y un acuerdo de aumento de capital o puesta en circulación de acciones por parte de los accionistas de la sociedad anexionante, o un acuerdo de disolución de cada una de las sociedades que se funden para crear una tercera. Pero estos actos internos de derecho corporativo no tendrían sentido si no hubiese precedido un acuerdo de tipo contractual entre los administradores de ambas sociedades (y lo que se dice de dos puede decirse de múltiples sociedades que se fusionan). En el complejo negocio jurídico de la fusión cabe distinguir tres actos distintos: el contrato de enajenación patrimonial, la

deliberación de fusión de la sociedad que va a ser absorbida y la deliberación de aumento de capital de la sociedad absorbente. El negocio jurídico primordial es, pues, siempre un contrato. Lo que ocurre es que por tratarse de un contrato que ha de repercutir sobre la estructura de dos sociedades, es preciso que sea sancionado por la junta general de cada una de ellas y con los requisitos exigidos por la ley para la disolución de la sociedad o para la modificación de los estatutos. Los elementos contractuales de la operación afloran constantemente a la superficie a lo largo y a lo largo de todo su desenvolvimiento: así, en el negocio jurídico de transmisión del patrimonio de una sociedad a otra (reglas sobre saneamiento, reglas sobre la transmisión de propiedad, reglas sobre el consentimiento, etc.) y en el canje de unas acciones por otras”.

⁷⁸³Los argumentos contractualistas constituyen “el modelo alternativo más fuerte a toda clase de consecuencialismos utilitaristas”, afirma GIL, T. op. cit. (*Acciones, normatividad, historia*) 2010, p. 51.

⁷⁸⁴ “Lo útil es el valor fundante de la actividad económica. Comercial, industrial y agrícola (...). No faltan quienes pretenden convertir el valor de lo útil en el valor por excelencia. Tal valor constituiría así la línea dominante del proceso histórico, hasta el punto de que todos los demás valores –incluso el ético y el religioso– no serían otra cosa que simples resultantes de los procesos técnicos de producción dictados por las crecientes exigencias de la vida social”, indica REALE, M., *“Filosofía del Derecho”*, 1. Introducción filosófica general, Ediciones Pirámide, S. A., Madrid 1979, p. 200.

⁷⁸⁵Afirma RAWLS, J., op. cit. (Teoría de la Justicia), p. 34, “la teoría de la justicia es una parte, quizá la más significativa de la teoría de la elección racional. Más aún, los principios de la justicia se ocupan de las pretensiones conflictivas producto de las ventajas obtenidas por la cooperación social, se aplica las relaciones entre varias personas o grupos. La palabra “contrato” sugiere tanto esta pluralidad, como la condición de que la división correcta de las ventajas tiene que hacer conforme a principios aceptables para todas las partes. La fraseología contractual connota también el carácter público que es condición de los principios de justicia. Así si estos principios son el resultado de un acuerdo, los ciudadanos conocerán los principios observados por los demás”.

⁷⁸⁶ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 143, que añade lo siguiente: “Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como “atentados a la libertad de la persona”. Esta concepción moderna del contrato tiene su más profunda raíz y su más profundo fundamento en una serie de presupuestos ideológicos y sociológicos que conviene tener en cuenta y no perder de vista. El primero es el presupuesto económico de una economía liberal fundada en el lema del laissez faire y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son, como dice Adam Smith, los mejores motores de la felicidad y la prosperidad de las naciones. El segundo de los presupuestos ideológicos de la concepción moderna del contrato se encuentra en la idea de la substancial igualdad de las partes contratantes. El contrato es el medio mejor de arreglo de los intereses privados porque es una obra común de los dos contratantes, que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico. Es un arreglo entre iguales. El tercero de los presupuestos ideológicos y socioeconómicos se encuentra en una época que rinde culto (...), a las ideas de la preponderancia de la libertad individual y que en definitiva es una época de predominio burgués sobre la economía. Puede decirse que ésta concepción del contrato es un instrumento idóneo para un señorío de la burguesía sobre el mercado de capitales y de trabajo y, en definitiva, para un señorío sobre la economía considerada en su conjunto”; Propone la desaparición del Estado y su sustitución por una sistema basado en el “contrato”, MURPHY, R. P., *“La teoría del caos”*, Unión Editorial, Madrid 2012, que, en p. 25, precisa: “Todas las acciones de una sociedad puramente libre estarían sujetas a un “contrato””.

⁷⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 150., que en p. 145, afirma que “el contrato se nos aparece como un acto jurídico, es decir, como acción de los interesados a la cual el ordenamiento atribuye determinados efectos jurídicos. (...), el contrato se nos aparece como un precepto o como una regla de conducta (lex contractus; la regla contractual). El contrato es entonces, una determinada disciplina, que constituye una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta”.

⁷⁸⁸ PUIG BRUTAU, J., *“Fundamentos de Derecho Civil”*, t. II, v. I, “Doctrina General del contrato”, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1998, p. 9, donde precisa que “la palabra contrato puede emplearse en sentido amplísimo, como acuerdo de voluntades mediante el cual los interesados se obligan para los fines más diverso. Es éste caso la palabra sería aplicable tanto en el Derecho privado como en el público e incluso en el internacional”.

⁷⁸⁹ “Dado que todos están situados de manera semejante y ninguno es capaz de delinear principio que favorezcan su condición particular, los principios de justicia serán el resultado de un acuerdo o convenio justo, pues dadas las circunstancias de la posición original y la simetría entre las partes, la situación inicial es equitativa entre las personas, en tanto que seres morales, esto es, en tanto que seres racionales, con sus propios fines (...). Podría decirse que la posición original es el status quo inicial apropiado y que, en consecuencia, los

acuerdos fundamentales logrados en ella son justos”, afirma RAWLS, J., op. cit. (*Teoría de la Justicia*), pp. 29-30; AMARTYA SEN, op. cit. (*La Idea de la Justicia*), p. 38 se refiere al “modelo de pensamiento “contractualista” que iniciara Thomas Hobbes y que fuera continuado por John Locke, Juan-Jaque Roisseau e Immanuel Kant. Un hipotético “contrato social”, que se supone resultante de una elección, está claramente comprometido con una alternativa ideal al caos que de otra manera caracterizaría a la sociedad, y los contratos discutidos por estos autores, se referían a la elección de instituciones. Como resultado final, surgieron las teorías de la justicia que se orientaban a la identificación trascendental de las instituciones ideales”, y tomando como punto de partida la posición de J. Rawls, se separa significativamente de la misma, indicando, en p. 238 que “el beneficio mutuo, basado en la simetría y al reciprocidad, no es el único fundamento para pensar en un comportamiento razonable hacia los demás. El poder efectivo de las obligaciones que surgen de él de manera unilateral pueden constituir también una base importante para el razonamiento imparcial, mucho más allá de la motivación por los beneficios mutuos”, y en pp. 443- 444, que “El enfoque desarrollado (...) está bajo la influencia de la tradición de la teoría de la elección social (...). Mientras las raíces del enfoque se remontan a la Ilustración. Existe un significativo contraste con otra tradición cultivada en ese período: la disciplina del razonamiento sobre la justicia desde el punto de vista de la idea del contrato social. La tradición contractualista se remonta al menos a Thomas Hobbes, pero también recibió aportaciones sustanciales de Locke, Rousseau y Kant, y en nuestro tiempo de teóricos destacados como Rawls, Nozick, Gauthier, Dworkin y otros. El optar por el enfoque de la elección social en lugar del enfoque del contrato social, ni intención no ha sido, por supuesto, negar la comprensión y la ilustración generadas por esta última tradición. Sin embargo, a pesar de las luces que aporta, he sostenido que la tradición contractualista entraña limitaciones tan serias en la sustentación de una teoría de la justicia con el alcance suficiente que (...) se convierte en una barrera para la razón práctica en el campo de la justicia”, en cualquier caso su vindicación del “gobierno por discusión, especialmente en pp. 354-363, supone un recontractualización de sus tesis, debiendo situarse en esa misma línea e “giro deliberativo” de la actuales ideas sobre la democracia, así GREPPI, A., “Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo” Editorial Trotta, S. A., Madrid 2006, especialmente pp. 57-58.

⁷⁹⁰ Sobre el fundamento de la obligatoriedad de los contratos DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), pp. 146-149, se refiere al “voluntarismo jurídico”, cuyo “punto de partida es una concepción individualista del mundo. Los hombres, por naturaleza, son seres libres e iguales. Por ello, la creación de obligaciones puede proceder de un acto soberano de su voluntad. La creación de una obligación es “autoobligarse”, es decir, una voluntaria enajenación o limitación de la propia libertad. De la misma manera que los hombres, seres naturalmente libres e iguales, sólo pueden quedar sometidos a un poder político por consensus (contrato social), la única manera de que queden obligados unos respecto de otros radica en que voluntariamente asuman dicha obligación”, a la “motivación ética de la obligatoriedad de los contratos”, según la cual se “considera como un principio que debe regir en toda sociedad civilizada la idea de que los hombres deben poder contar con que aquellos con quienes tratan en el intercambio actuarán de buena fe y por tanto llevarán a cabo las expectativas razonables que sus promesas o su conducta haya creado razonablemente en los demás. La obligatoriedad del contrato se funda, pues, de acuerdo con ésta idea, en una norma ética derivada de la buena fe, que exige no defraudar la confianza que en otro pueda haber creado nuestra promesa o conducta. En definitiva, se trata de (...) la norma ética de veracidad en nuestras comunicaciones con el prójimo, y que ordinariamente se expresa como deber de atenerse la palabra dada”, a la “dirección normativista”, según la cual la respuesta al por qué de la obligatoriedad del contrato “es que el fundamento de la obligatoriedad de los contratos radica en el hecho de que una norma de grado superior (la ley o una norma consuetudinaria) considera el contrato como un situación de hecho creadora de derecho. El fundamento de la obligatoriedad del contrato queda reducido al de la ley o norma que lo admite”, al “contrato y persona. Contrato y autonomía privada”, según la cual “la obligatoriedad del contrato encuentra su fundamento en la idea misma de persona. Si la persona des un ser de fines cuya dignidad, deriva de su naturaleza racional, el ordenamiento jurídico no puede dejar de reconocer, no cabe ninguna duda que debe reconocer a la persona un ámbito de autosoberanía para reglamentar sus propias situaciones jurídicas y a través de ellas dar cauce a sus fines, intereses y aspiraciones. El contrato es así un cauce de realización de la persona en la vida social”, y a los “fundamentos constitucionales de la institución contractual”, porque “no será difícil encontrar el fundamento constitucional de la institución del contrato, ante todo, en el art. 10 Const., que establece el principio de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad, principio que necesariamente tiene que encontrar un reflejo en el campo económico. Un fundamento constitucional puede encontrarse también el art. 30 Const., donde se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, lo que supone necesariamente, la libertad de iniciativa privada en el campo económico y la libertad de los individuos para constituirse en agentes económicos”.

⁷⁹¹ FONT GALAN, J. I. y PINO ABAD, M., op. cit. (*La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (solo) jurídica del concepto legal de sociedad*), p. 566.

⁷⁹² “El proyecto de creación, organización y explotación de la empresa societaria (y dentro de éste el modo de conseguir lucro en sentido amplio, esto es, incluyendo también la maximización del valor de la empresa” o “creación de valor para el accionista”) queda bajo el control de moralidad instalado en la estructura causal del contrato”, indican FONT GALAN J., I. y PINO ABAD, M., op. cit. (*La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (solo) jurídica del concepto legal de sociedad*), p. 604; HERNANDO CEBRIÁ, L., op. cit. (*El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: Interés de la sociedad e interés en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la “tercera vía” societaria*), p. 125, indica que “la causa negocial advierte una pretensión de lucero de los socios, que se mantiene incólume, al menos, en las sociedades de capital”.

⁷⁹³ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 383, afirma que “la fusión constituye en cualquiera de sus clases un instituto diferenciado con sus propias características que permite su consideración como una figura autónoma con propia coherencia normativa, aunque su conexión con la constitución de sociedades y su modificación estatutaria requiera acudir constantemente a su aplicación complementaria si bien sea teniendo en cuenta las particularidades propias de la fusión”.

⁷⁹⁴ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 119, analizando el concepto legal de fusión en nuestro ordenamiento, precisan que “el elemento clave de este concepto es la noción de “integración” de varias sociedades en una única sociedad, de manera que lo propio de la fusión es la unificación de sociedades: de dos o más sociedades resulta una sola. Ello supone a su vez que al menos una de las sociedades afectadas debe desaparecer y por tanto extinguirse como entidad jurídica. En cuanto a la sociedad resultante (...), puede ser una sociedad de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan (...). Y esta unificación, que tiene como resultado una sola persona jurídica societaria donde antes había dos o más, opera en un doble plano: en el plano subjetivo o de los socios, y en el plano objetivo o patrimonial”, que resaltan en p. 120, la natural vinculación del concepto de nuestra legislación con el comunitario, bien que se refieran al artículo 19.1 a la Tercera Directiva del Consejo de 9 de octubre de 1978 basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, derogada por la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, pero la referencia válida sustituyendo al alusión al artículo 19.1 por la alusión a los artículos 3 y 4 de la nueva Directiva.

⁷⁹⁵ El DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 20011, atribuye a “implicar” los siguientes significados: “tr. Envolver, enredar. U. t. c. prnl, 2. tr. Contener, llevar en sí, significar. 3. intr. Obstar, impedir, envolver contradicción. U. m. con neg”.

⁷⁹⁶ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 228, se refieren la “sucesión procesal”; Indica la sección § 261 de la Delaware General Corporation Law, titulada “Effect of Merger Upon Pending Actions”, lo siguiente: “Any action or proceeding, whether civil, criminal or administrative, pending by or against any corporation which is a party to a merger or consolidation shall be prosecuted as if such merger or consolidation had not taken place, or the corporation surviving or resulting from such merger or consolidation may be substituted in such action or proceeding”.

⁷⁹⁷ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 368.

⁷⁹⁸ Indica ESTEBAN RAMOS, L. M^a, op. cit. (*Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección*), pp. 51-52, que “cualquiera que sea su forma, la fusión produce los efectos siguientes: La desaparición, sin previa liquidación, de todas o de todas menos una de las sociedades participantes en la fusión. La transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades que se extinguen a la sociedad de nueva creación o a la absorbente. El paso de los socios de las sociedades que desaparecen a la sociedad resultante de la fusión. Efecto que puede no darse. Estos efectos se producen ministerio legis y están interrelacionados. Así si falta alguno de ellos no habrá verdadera fusión. El tercero de los efectos es instrumental respecto de los otros dos”.

⁷⁹⁹ “En la fusión por creación de nueva sociedad se extinguen todas las sociedades fusionadas y en la fusión por absorción las sociedades absorbidas, conservando la sociedad absorbente su propia personalidad con independencia de las modificaciones estatutarias que la fusión implique para ella”, afirman URÍA, R., MENÉNDEZ, A., e IGLESIAS PRADA, J. L., op. cit. (*Capítulo 51. Fusión y escisión de sociedades*), pp. 1391-1392.

⁸⁰⁰ Pasando, “normalmente”, a ser socios de la sociedad sucesora los que lo fueron de las extinguidas, dice GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 359.

⁸⁰¹ Entre otros significados, según DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 2001, a “fusión”, del lat. fusio, -ōnis, se le atribuyen los siguientes significados: “1. f. Acción y efecto de fundir o fundirse; 2. f. Unión de intereses, ideas o partidos; 3. f. Econ. Integración de varias empresas en una sola entidad; a “fundir”: “3.tr.Reducir a una sola dos o más cosas diferente”; a “unir”: “1. tr. Juntar dos o más cosas entre sí, haciendo de ellas un todo, 2. tr. Mezclar o trabar algunas cosas entre sí, incorporándolas, 3. tr. Atar o juntar una cosa con otra, física o moralmente, 4. tr. Acercar una cosa a otra, para que formen un conjunto o concurren al mismo objeto o fin”; a “integrar”: “1. tr. Dicho de las partes: Constituir un todo. 2. tr. Completar un todo con las partes que faltaban, 3. tr. Hacer que alguien o algo pase a formar parte de un todo”; Alude DIAMOND J., op. cit. (Armas, Gérmenes y Acero), p. 332, a que la “fusión de unidades más pequeñas en unidades más grandes, ha sido documentada a menudo por medios arqueológicos o históricos. En contra de lo apuntado por Rousseau estas fusiones no se producen nunca en virtud de un proceso por el cual sociedades pequeñas no amenazadas deciden libremente fundirse (...). La fusión bajo amenaza externa queda perfectamente ilustrada por la formación de la confederación de indios cherochís al sureste de estados Unidos”.

⁸⁰² GIRÓN TENA, J., op. ct. (*Derecho de sociedades*), p. 368.

⁸⁰³ Comentario Oficial a la sección 11(07) de la Model Business Corporation Act que indica “under section 11.07(a), in the case of a merger the survivor and the parties that merge into the survivor become one”.

⁸⁰⁴ URÍA, R., MENÉNDEZ, A., e IGLESIAS PRADA, J. L., op. cit. (*Capítulo 51. Fusión y escisión de sociedades*), p. 1391.

⁸⁰⁵ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 424.

⁸⁰⁶ ESPINA, D., op. cit. (*La empresa en el Derecho Mercantil*), pp. 63-64, que destaca como esa circunstancia se ha discutido especialmente en relación con la sociedad anónima.

⁸⁰⁷ Precisa LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 133-134, que los ordenamientos jurídicos europeos más característicos “reconocen a la fusión de sociedades unos elementos integrantes típicos. Constituyen las “notas definitorias” o elementos jurídicamente relevantes concurrentes en toda operación de este tipo:- El traspaso en bloque -activo y pasivo- del patrimonio de las sociedades llamadas a extinguirse por la fusión en favor de la sociedad absorbente o de la de nueva creación”, -La incorporación de los accionistas de las sociedades extinguidas por la fusión al seno de la sociedad anónima única resultante de la operación a través, en su caso, de la entrega directa a aquellos de acciones o partes, en general, de la citada sociedad”, -Y, finalmente, la extinción de todas o de alguna o algunas de las sociedades que intervienen”.

⁸⁰⁸ URÍA, R., MENÁNDEZ, A., e IGLESIAS PRADA, J. L., op. cit. (*Capítulo 51. Fusión y escisión de sociedades*), p. 1390, que precisan en p. 1391, lo siguiente: “cualquiera que sea el procedimiento elegido para realizar la fusión (lo mismo si se crea una nueva sociedad que si una sociedad absorbe a otra u otras), está claro (...) que la operación descansa en éstos tres presupuestos: 1º, extinción de todas o de algunas de las sociedades que participan en la fusión; 2º, transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades extinguidas a la sociedad nueva o a la absorbente; y 3º, paso de los socios que integraban las sociedades extinguidas por la fusión a la sociedad nueva o a la absorbente. Estos presupuestos que caracterizan la fusión pueden considerarse al propio tiempo, como efectos legales de ella, en el sentido que se producen ministerio legis, y permiten delimitar el ámbito de aplicación de las normas que regulan esta figura”.

⁸⁰⁹ Una idea de esa circunstancia la proporciona la Sentencia de 25 de julio de 2014 de la Sala de lo Social el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, bien que habida cuenta de la materia objeto de su enjuiciamiento resalte el aspecto laboral. Afirma aquella resolución jurisdiccional lo siguiente: “El concepto de sucesión o continuidad empresarial, regulado en el artículo 44 ET, es un fenómeno o instrumento de garantía del contrato de trabajo, que intenta establecer un mecanismo dentro de todo el ordenamiento, tanto nacional como comunitario, por el que el trabajador quede amparado en su derecho de estabilidad en el empleo, y por el que los mecanismos mercantiles de continuidad, transmisión o enajenación empresarial no supongan una quiebra de los derechos del operario el que en pluralidad de ocasiones queda indefenso ante las fórmulas del mercado y el tráfico de empresas. En este sentido se ha venido abordando a través de la negociación colectiva la especificación del derecho a la continuidad en el empleo, fijándose a través de los convenios colectivos fórmulas por las que se garantice, ante cualquier situación el mantenimiento del contrato de trabajo. De otro lado, en términos generales, el artículo 44 ET, ha sido interpretado de manera que existe una sucesión empresarial en aquellos casos en los que aunque no se celebre un contrato, o falte la transmisión de elementos materiales, estemos ante una unidad autónoma con continuidad de mano de obra, siendo este el elemento

esencial, (...). En definitiva, y frente a una interpretación patrimonialista de la empresa, se ha sostenido el criterio espiritualista, de actividad, prestación o producción, frente al soporte físico de la empresa. Como declara el Tribunal Supremo en reciente sentencia de 18 de febrero de 2014: “En aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continua con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad”.

⁸¹⁰ PIKETTY, T., op. cit. (*El capital en el siglo XXI*), p. 60.

⁸¹¹ PIKETTY, T., op. cit. (*El capital en el siglo XXI*), p. 60.

⁸¹² Se indica en el Marco Conceptual para la Preparación y Presentación de los Estados Financieros, documento fue aprobado por el Consejo del IASC en abril de 1989, y adoptado por el IASB en abril de 2001, apartado 102.

⁸¹³ Efectivamente, para considerar el supuesto sucesorio laboral hace falta que haya una transmisión que afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida ésta como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria del conjunto empresarial (STS, Sala Cuarta, de lo social, de 28 de abril de 2009). El elemento esencial para la existencia de la transmisión es la necesaria consideración de todas las circunstancias que concurren en el supuesto, como son la actividad que se desarrolla, el tipo de empresa de que se trata, la transmisión de elementos materiales, y con gran relevancia, la permanencia del núcleo de actividad que se adquiere, siendo elemento determinante la continuidad de los mismos trabajadores (STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 29 de mayo de 2008).

⁸¹⁴ En esa línea, el artículo 131-1 de la Propuesta de Código Mercantil, da el siguiente “concepto de empresa”: “La empresa es el conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado”. De seguido el 131-2, de la misma Propuesta de Código Mercantil alude a los elementos integrantes de la empresa en los siguientes términos: “1. Integran la empresa los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial, las relaciones jurídicas y de hecho establecidas por el empresario para el desarrollo de dicha actividad y el fondo de comercio resultante de la organización de los elementos anteriores” precisando en su número 2 que “los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial deberán figurar en el inventario inicial y en los sucesivos”. Asimismo en aquella Propuesta de Código Mercantil se diferencia netamente la “empresa” del “establecimiento mercantil”, al definirse de la siguiente manera: “Son establecimientos mercantiles los bienes inmuebles y las instalaciones en los que el empresario desarrolla su actividad”.

⁸¹⁵ En la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capitales, COM(2003) 703 final 2003/0277 (COD), no se incluía ninguna alusión a la “sucesión laboral” o “sucesión de empresa”, limitándose a efectuar, en su considerando 10 una remisión en bloque a la normativa laboral de la Unión Europea y de los Estados miembros, en aquel considerando se establecía lo siguiente: “Los derechos de los trabajadores distintos de los derechos de participación seguirán organizándose de acuerdo con las disposiciones de los Estados miembros contempladas por la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 relativa a la protección de los trabajadores en caso de traspasos de empresas¹⁸, la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2002 por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea¹⁹, así como la Directiva 94/45/CE del Consejo de 22 de septiembre de 1994²⁰ relativa a la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”.

⁸¹⁶ Comentario Oficial a la sección 11.07, párrafo primero “the survivor automatically becomes the owner of all real and personal property and becomes subject to all the liabilities, actual or contingent, of each party that is merged into it. A merger is not a conveyance, transfer, or assignment. It does not give rise to claims of reverter or impairment of title based on a prohibited conveyance, transfer or assignment. It does not give rise to a claim that a contract with a party to the merger is no longer in effect on the ground of nonassignability, unless the contract specifically provides that it does not survive a merger”.

⁸¹⁷ Precisándose en sus artículos 20 y 21 lo siguiente: a) Artículo 20: “1. El empleador que prevea la introducción en la producción, el programa, la organización, la estructura o la tecnología de cambios importantes susceptibles de provocar terminaciones debería consultar lo antes posible a los representantes de los trabajadores interesados, entre otras cosas, sobre la introducción de tales cambios, sus posibles repercusiones y las medidas para prevenir o atenuar sus efectos perjudiciales; 2. A fin de que los representantes de los trabajadores interesados puedan participar eficazmente en las consultas a que se hace referencia en el subpárrafo 1 del presente párrafo, el empleador debería proporcionarles en tiempo oportuno toda la información pertinente sobre los cambios importantes previstos y sus posibles repercusiones; 3. A los efectos del presente párrafo, la expresión “representantes de los trabajadores interesados” se aplica a los representantes de los trabajadores reconocidos como tales por la legislación o la práctica nacionales, de conformidad con el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971”; Artículo 21: “Entre las medidas que deberían considerarse con miras a evitar o limitar al máximo las terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos podrían figurar la restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto período, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo”.

⁸¹⁸ La precitada Nota ofrece una explicación adecuada sobre ella misma, el Convenio 158 y la Recomendación 166, que basta con transcribir: “El primer instrumento específico sobre despido fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1963 y tuvo la forma de una Recomendación (núm. 119). Años más tarde, en 1982, se adoptó el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo (núm. 158), que entró en vigor el 24 de noviembre de 1985. Junto con el Convenio núm. 158, la Conferencia adoptó la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), que lo complementa y sustituye la Recomendación núm. 119. Al 9 de septiembre de 2008, el Convenio núm. 158 recibió 34 ratificaciones y fue denunciado por un país. Poco después de su adopción, el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 fueron señalados a la atención del Grupo de Trabajo sobre las Normas Internacionales del Trabajo (1987) (el “Grupo Ventejo”) quien recomendó que se los promoviera de manera prioritaria. Estos instrumentos fueron considerados más tarde por el Grupo de Trabajo sobre la Política de Revisión de Normas (el “Grupo Cartier”), que se reunió entre 1997 y 2002. El Grupo Cartier no llegó a conclusión alguna sobre ninguno de los dos. En su 303ª reunión (noviembre de 2007), el Consejo de Administración convino en retomar la discusión sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166. En la presente nota, que fuera originariamente preparada para facilitar las consultas sobre los dos instrumentos que tuvieron lugar en noviembre de 2008, se entiende dar una visión global del Convenio. La nota se ha actualizado para reflejar los resultados de la 79ª reunión de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (noviembre-diciembre de 2008) (...). La presente nota fue preparada por el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (Sector I), la Unidad de Análisis e Investigación sobre el Empleo (Sector II) y el Servicio de Diálogo Social, de la Legislación y la Administración del Trabajo (Sector IV)”, con la colaboración de expertos del Centro Internacional de Formación de la OIT en Turín”.

⁸¹⁹ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 361.

⁸²⁰ Según GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 359, “el concepto de fusión es el siguiente: reunión de los patrimonios íntegros de varias sociedades en una de ellas con extinción, sin liquidación, de las restantes (“fusión por absorción”) o con extinción sin liquidación, de todas, surgiendo una nueva que los recoge (“fusión con creación de nueva sociedad”), pasando, normalmente, a ser socios de la sociedad sucesora los que lo fueron de las extinguidas”.

⁸²¹ LANGLE Y RUBIO, E. op. cit. (*Manual de Derecho Mercantil Español*), pp. 670-671, se pregunta: “¿Son incompatibles la fusión y la liquidación?”, respondiendo: “Una cosa es que la liquidación sea necesaria en la mayoría de los casos de fusión, y otra es que haya de ser excluida forzosamente por la ley (...). Nosotros creemos lo primero: más nos resistimos a aceptar lo segundo”, añadiendo que “una vez efectuada la fusión, es patente que huelga efectuar la liquidación, por lo general”; sobre la compatibilidad de la disolución y la liquidación en la fusión RUBIO, J. op. cit. (*Curso de Derecho de Sociedades Anónima*), pp. 469-470..

⁸²² GARRIGUES, J., op. cit. (*Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, v. 3ª), pp. 1271 y 1273-1274, indica lo siguiente “He aquí los elementos jurídicamente relevantes que encontramos en toda fusión: 1) Disolución de una de las sociedades que se fusionan o de ambas a la vez, según que se trate de un supuesto de incorporación (o anexión) o de fusión en sentido estricto. Sin disolución no hay fusión; 2) Transmisión del patrimonio íntegro de una sociedad (activo y pasivo) a otra, o unión de los dos patrimonios sociales o de múltiples patrimonios en una sola sociedad (...). Exclusión de la liquidación. Si lo que caracteriza la fusión es (...), la transmisión global del activo y del pasivo de una sociedad a otra, es claro que, transmitiéndose el pasivo, quiere decirse

que no se paga a los acreedores y que, por tanto, no hay liquidación previa a la fusión. Esta se considera por la mayoría de la doctrina y por algunas legislaciones como un caso de disolución sin liquidación. La tesis de la transmisión de las obligaciones a la sociedad absorbente o a la nueva sociedad es incompatible con la tesis de la liquidación”.

⁸²³ Según establecía la de la Ley de 17 de Julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, en su artículo el artículo 142, primer apartado, “la fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva se realizará acordando previamente cada una de ellas su disolución y el traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que haya de adquirir los derechos y obligaciones de aquella, si la fusión hubiera de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra anónima ya existente, ésta adquirirá en la misma forma los patrimonios de las sociedades absorbidas, aumentando, en su caso, el capital social, en la cuantía que proceda”, y en su artículo 146, que “las Sociedades que se extinguen por fusión harán constar el acuerdo de disolución en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil”; Para una visión histórica José A. Corriente Córdoba, “La Fusión internacional de sociedades”, dadun.unav.edu/bitstream/10171/20981/.../ADI_V1_1979-80-81_07.pdf de JA Corriente-Córdoba - 1979.

⁸²⁴ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 360, afirma lo siguiente: “La extinción de las sociedades fusionadas, concomitante con la fusión, es nota pacíficamente admitida. Utilizando el término “extinción”, se salvan los puntos polémicos, ya que lo discutido es si hay “disolución” -en el sentido de desenlace de los ligámenes societarios de las sociedades que desaparecen- y si hay “liquidación” -como proceso de desafectación del patrimonio social-. También se discute el momento extintivo: si sigue a la fusión, la precede o la determina. La existencia de “disolución” se indica en el propio derecho positivo (art. 150.IV de la L.S.A., en relación con los 142 y 146; también art. 136 del Regto. Reg. M. vigente), y, además, dogmáticamente es correcto: la idea contraria se basaría en el hecho de que, como los socios de las extinguidas, en el momento de extinguirse éstas, pasan a ser socios de la fusionante, existe una continuidad de existencia de lazos sociales. Pero éste razonamiento olvida que sería otra sociedad y otros los lazos jurídico-sociales. Por el contrario la existencia de “liquidación” ha de negarse. De la misma manera que en materia de transformación, hay aquí una economía de técnica jurídica: el procedimiento de fusión previsto en la Ley está pensado para sustituir al de liquidación. Ahora bien, esto no quiere decir que la finalidad atendida con la fusión no pueda perseguirse por una vía en que se utilice la disolución y liquidación ordinarias, sino simplemente que ese caso no se podría subsumir bajo el concepto de fusión”. La cuestión del momento extintivo debe posponerse globalmente como tema dogmático: se relaciona con los tipos sociales y con la técnica seguida en el Derecho positivo”.

⁸²⁵ “Art. 233. Clases y efectos de la fusión.-1. La fusión de cualesquiera Sociedades en una Sociedad anónima nueva implicará la extinción de cada una de ellas y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva Entidad que haya de adquirir por sucesión universal los derechos, y obligaciones de aquéllas. 2. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más Sociedades por otra anónima ya existente, ésta adquirirá en igual forma los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando en su caso el capital social en la cuantía que proceda”; “Art. 260, “Causas de disolución.-1. La Sociedad anónima se disolverá (...) 6.º Por la fusión o escisión total de la Sociedad”; “Art. 266. Apertura de la liquidación.-Una vez disuelta la Sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión global del Activo y el Pasivo”.

⁸²⁶ URÍA, R., MENÉNDEZ, A., e IGLESIAS PRADA, J. L., op. cit. (*Capítulo 51. Fusión y escisión de sociedades*), p. 1391.

⁸²⁷ IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., op. cit. (*Lección 25. Las Modificaciones estructurales de las Sociedades*), p. 577-578, advierten que aquella extinción “es distinta de la extinción ordinaria que tiene lugar a través de la disolución y liquidación, pues la misma se inscribe en el proceso de la fusión y comporta (...) una sucesión universal en el conjunto de relaciones jurídicas de la sociedad extinguida”; “La extinción de la sociedad acontece tras la transmisión en bloque de las sociedades extinguidas (...). La sociedad desaparece, pues, sin necesidad de someterse a un proceso liquidatorio, ya que los socios de la sociedad extinguida no tienen derecho a la cuota de liquidación, sino que obtienen la consiguiente posición social en las nuevas sociedades”, afirma BATALLER, J., “*Título X, disolución y Liquidación, Capítulo I, La disolución, Artículo 360. Disolución de pleno derecho*”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, (A. Rojo y E. Beltran, Dirs), t. II, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 2532-2533; Precisa ESTEBAN RAMOS, L. Mª, op. cit. (Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección), p. 49, que “la disolución sin liquidación no es formalmente una fase previa a la fusión, sino que la extinción de las sociedades fusionadas en consecuencia de la misma”.

⁸²⁸ Artículo 360: “1. Las sociedades de capital se disolverán de pleno derecho en los siguientes casos: a) Por el transcurso del término de duración fijado en los estatutos, a no ser que con anterioridad hubiera sido expresamente prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil; b) Por el transcurso de un año desde

la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil la transformación o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal”; Artículo 363: “1. La sociedad de capital deberá disolverse: a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año; b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto; c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social; d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento; e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso; f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley; g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años; h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos”; Afirma LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 65 que “la fusión se configura como una causa de disolución sin apertura del proceso de liquidación. Comporta la extinción de alguna o de todas las sociedades que se fusionan, en función de la modalidad de fusión adoptada (...) En la LSRL de 12995 no se incluye a la fusión en el catálogo de causas de disolución de la sociedad (...); esto es, la fusión queda configurada como un causa de extinción societaria, dada la remisión que en esa Ley se lleva acabo al régimen general que sobre la operación analizada se contiene en la LSA (...). Pero el cambio operado en la LSRL no determina un alteración radical en la caracterización de la fusión de sociedades”.

⁸²⁹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), pp. 65-66; Indica PULGAR EZQUERRA, J., “La extinción de las sociedades de capital: Disolución, liquidación y cancelación registral”, RdS núm. 36, 2011-1, p. 204, que “la extinción de las sociedades de capital no se produce de modo paralelo a lo que aconteció con su constitución en un solo acto, sino a través de un proceso que se inicia con la concurrencia de una causa de disolución y concluye con la cancelación registral de la sociedad, una vez hayan concluido las operaciones materiales y formales de liquidación”.

⁸³⁰ Afirma, en perspectiva histórica, ESTEBAN RAMOS, L. M^a, op. cit. (*Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección*), pp. 53-54, que “la expresión “extinción” puede entenderse en sentido amplio, como proceso cuyo fin es la desaparición de la sociedad, que no se produce de forma instantánea sino a través de un procedimiento que permite atender a los diferentes intereses implicados, y en sentido estricto, aludiendo al momento final de desaparición de la sociedad. La segunda acepción (...) parece más acertada ya que el proceso de desaparición, conforme al TRLSA, comienza con la concurrencia de una causa de disolución a la que, normalmente, sigue el proceso liquidatorio y una vez finalizado la sociedad se extingue. La disolución no es el fin de la sociedad, sino el momento inicial de un proceso tendente a su desaparición. La extinción es u momento final. Conforme al artículo 233 TRLSA la fusión implica la extinción de las sociedades participantes. Esto representa un cambio respecto del artículo 142 LSA que exigía, para la fusión que previamente se acordara la disolución de las sociedades intervinientes. Por tanto, a la vista del artículo 233 TRLSA, se puede entender que la fusión provoca directamente la extinción de la sociedad y no es causa de disolución de la misma. Pero las cosas se complican ya que el propio TRLSA sigue incluyendo a la fusión entre las causas de disolución de las sociedades anónimas en su artículo 260.-1, lo que supone una contradicción. Además si lo normal es que una vez que concurre la causa de disolución se abra el proceso de liquidación, esto no tiene lugar en la fusión. Para salvar esta circunstancia el artículo 260.1 excluye la liquidación cuando la causa de la disolución sea la fusión (...), en la fusión se produce directamente la extinción de la sociedad”, añadiendo argumentos precisos apoyando su posición concluyendo que la “exclusión de la liquidación está justificada” y que “la liquidación es, por tanto, incompatible con la fusión, con independencia de que una sociedad en liquidación pueda tomar parte en un proceso de éste tipo”.

⁸³¹ Afirman CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., “Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable”, Editorial Bosch, S. A., Barcelona 2013, pp. 258-259, que la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, “abandona la añeja idea de que en la fusión hay disolución sin liquidación, la sociedad que se extingue no continúa después del acuerdo en situación de disuelta, sino que –formalmente- permanece igual que antes, pero en tránsito hacia la próxima escala de su extinción, tan `pronto se complete el proceso”.

⁸³² Doctrinalmente a veces se alude a la “liquidación”, aunque no a disolución, unas veces a “concentración” y otras a “reestructuración”, así ESTEBAN RAMOS, L. M^a, op. cit. (*Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección*), p. 45, lo define como un “proceso de concentración empresarial por virtud del cual dos o más sociedades se extinguen, sin liquidación previa de sus

patrimonios, que se transmiten en bloque a una sociedad, ya sea de nueva creación o preexistente, en la que se agrupan todos los socios de las sociedades extinguidas”; GÓMEZ SEGADÉ, J. A., op. cit. (*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*), pp. 5035-5036, define la fusión como un “procedimiento de reestructuración societario, en virtud del cual varias sociedades agrupan su patrimonio y sus socios en una sociedad única que puede ser nueva o preexistente en función del procedimiento utilizado”; LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 69, en la definición de fusión se refiere a “liquidación sin disolución”.

⁸³³ BELTRÁN, E., “*La Liquidación. Artículo 371*”, en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*” (Á Rojo y E. Beltran, Dirs.), t. II, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2001, p. 2592; Indica BATALLER, J., J., op. cit. (*Artículo 360. Disolución de pleno derecho*), p. 2534 que “circunscribir la disolución a aquellas causas que producen la extinción a través de la liquidación societaria permite alcanzar una formulación más acabada que ofrezca una visión más completa y depurada de la disolución que admita un postrer esfuerzo inductivo, proporcionando así una mayor utilidad. Además, es ésta la concepción latente en sede de liquidación societaria”.

⁸³⁴ Procede recordar que GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 359, define la fusión en los siguientes términos: “Reunión de los patrimonios íntegros de varias sociedades en una de ellas con extinción, sin liquidación, de las restantes (“fusión por absorción”), o con extinción, sin liquidación, de todas, surgiendo una nueva que los recoge (“fusión con creación de nueva sociedad”), pasando, normalmente, a ser socios de la sociedad sucesora los que lo fueran de las extinguidas”.

⁸³⁵ “La disolución abre así el proceso de liquidación. Y solo al cierre de la liquidación con la atribución los socios del remanente patrimonial que pudiera existir, se produce propiamente la extinción de la sociedad, con la desaparición de ésta del mundo del Derecho. Aunque en supuestos excepcionales estas tres fases podrían llegar a coincidir, cuando la sociedad disuelta carezca de relaciones jurídicas que liquidar y se extinga uno actu, se trata en todo caso de figuras de distinto significado, que no deben confundirse”, indican IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “*Lección 26. La Disolución y Liquidación de las Sociedades de Capital*”, en AAVV. *Lecciones de Derecho Mercantil*” (duodécima edición, Menéndez, A. y Rojo, A., Directores), v. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2014, p. 601.

⁸³⁶ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 332.

⁸³⁷ Como ya se precisó pero conviene reiterar GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 360, precisa, pp. 360-361, que “utilizando el término “extinción”, se salvan los puntos polémicos, ya que lo discutido es si hay “disolución” -en el sentido de desenlace de los ligámenes societarios de las sociedades que desaparecen- (...), la existencia de “liquidación” ha de negarse (...). Ahora bien, esto no quiere decir que la finalidad atendida con la fusión no pueda perseguirse por una vía en que se utilice la disolución y la liquidación ordinarias, sino simplemente que ese caso no se podría subsumir bajo el concepto de fusión”.

⁸³⁸ LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 69.

⁸³⁹ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 338.

⁸⁴⁰ BELTRAN, E., op. cit. (*La Liquidación. Artículo 371*), indica que la fusión no se considera causa de “y por tanto de liquidación, sino formas de extinción diferentes de la disolución-liquidación”.

⁸⁴¹ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 333; SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*), p. 808, advierten que “la disolución no implica automáticamente la extinción de la sociedad”;

⁸⁴² Afirma BATALLER, J., op. cit. (*Título X, disolución y Liquidación, Capítulo I, La disolución, Artículo 360. Disolución de pleno derecho*), p. 2532 que “la construcción del concepto de disolución tiene que desentrañar la relación existente entre disolución, liquidación y extinción. Por ésta última hemos de entender cualquier proceso que implique la supresión de la personalidad jurídica de la sociedad. Se trata, consiguientemente, de un concepto amplio capaz de albergar todo hecho, acto o resolución cuyo resultado comprenda el fin de la personalidad jurídica, con independencia de cuál sea el método seguido para la resolución de las relaciones internas y externas de la sociedad”, indicando en p. 2533, que las sociedades de capital presentan cuatro procedimientos extintivos con singularidades propias: 1 nulidad, las modificaciones estructurales (la fusión, la escisión total y la cesión global de activo y pasivo), la disolución y la apertura de la fase de liquidación concursal (...). Si bien es cierto que todos ellos ofrecen como punto en común su consecuencia última, la extinción de la sociedad, tampoco puede soslayarse que ostentan notables diferencias en el resto de elementos”. Por ello define, de seguido, la “disolución”, en sentido estricto, como aquel “mecanismo societario que mediante un acuerdo adoptado durante la vida de la sociedad debidamente constituida,

conduce a la sociedad a la liquidación societaria”; A “disolución de una o varias sociedades mercantiles, lo cual implica la extinción de todas las que se disuelven”, se refieren BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., op. cit. (*Manual de Derecho Mercantil*), p. 569, reiterado la referencia a la no disolución de aquellas sociedades expuesta en relación con el primero de los presupuestos o requisitos de la fusión que indican, en relación con los otros dos presupuestos o requisitos de la fusión a los que aluden.

⁸⁴³ La amplitud del fenómeno sucesorio se pone en evidencia por la New York Business Corporation Law (según la última redacción de 2014), cuando establece: “§ 906: NY Code - Section 906: Effect of merger or consolidation a) Upon the filing of the certificate of merger or consolidation by the department of state or on such date subsequent thereto, not to exceed thirty days, as shall be set forth in such certificate, the merger or consolidation shall be effected. (b) When such merger or consolidation has been effected: (1) Such surviving or consolidated corporation shall thereafter, consistently with its certificate of incorporation as altered or established by the merger or consolidation, possess all the rights, privileges, immunities, powers and purposes of each of the constituent corporations. (2) All the property, real and personal, including subscriptions to shares, causes of action and every other asset of each of the constituent entities, shall vest in such surviving or consolidated corporation without further act or deed. (3) The surviving or consolidated corporation shall assume and be liable for all the liabilities, obligations and penalties of each of the constituent entities. No liability or obligation due or to become due, claim or demand for any cause existing against any such constituent entity, or any shareholder, member, officer or director thereof, shall be released or impaired by such merger or consolidation. No action or proceeding, whether civil or criminal, then pending by or against any such constituent entity, or any shareholder, member, officer or director thereof, shall abate or be discontinued by such merger or consolidation, but may be enforced, prosecuted, settled or compromised as if such merger or consolidation had not occurred, or such surviving or consolidated corporation may be substituted in such action or special proceeding in place of any constituent entity. (4) In the case of a merger, the certificate of incorporation of the surviving corporation shall be automatically amended to the extent, if any, that changes in its certificate of incorporation are set forth in the plan of merger; and, in the case of a consolidation, the statements set forth in the certificate of consolidation and which are required or permitted to be set forth in a certificate of incorporation of a corporation formed under this chapter shall be its certificate of incorporation”; Asimismo según el North Dakota Century Code, Chapter 10-19.1 North Dakota Business Corporation Act: “10-19.1-102. Effective date of merger or exchange - Effect. 1. A merger is effective when the articles of merger are filed with the secretary of state or on a later date specified in the articles of merger. An exchange is effective on the date specified in the plan of exchange. 2. When a merger becomes effective: a. The constituent organizations become a single entity, the surviving organization. b. The separate existence of all constituent organizations except the surviving organization ceases. c. As to any corporation that was a constituent organization and is not the surviving constituent organization, the articles of merger serve as articles of termination, and unless previously filed, the notice of dissolution. d. The surviving organization has all the rights, privileges, immunities, and powers and is subject to all of the duties and liabilities of the specified organization under its governing statute. e. The surviving organization possesses all the rights, privileges, immunities, and franchises, of a public as well as of a private nature, of each of the constituent organizations. (1) All property and all debts due on any account, including subscriptions to ownership interests and all other choses in action, and every other interest of or belonging to or due to each of the constituent organizations vests in the surviving organization without any further act or deed. (2) Confirmatory deeds, assignments, or similar instruments to accomplish that vesting may be signed and delivered at any time in the name of a constituent organization by the organization's current officers, managers, or governing body, as the case may be, or, if the organization no longer exists, by the last officers, managers, or governing body of the organization. (3) The title to any real estate or any interest vested in any of the constituent organizations does not revert nor in any way become impaired by reason of the merger. f. The surviving organization is responsible and liable for all the liabilities and obligations of each of the constituent organizations. (1) A claim of or against or a pending proceeding by or against a constituent organization may be prosecuted as if the merger did not take place, or the surviving organization may be substituted in the place of the constituent organization. (2) Neither the rights of creditors nor any liens upon the property of a constituent organization are impaired by the merger”.

⁸⁴⁴ La no utilización en Gran Bretaña o Reino Unido (United Kingdom), de la doctrina de la sucesión universal (“United Kingdom does not employ the doctrine of universal succession”), plantea problemas, bien que limitados a ese Estado miembro, respecto de los terceros acreedores de las sociedades participantes en la fusión, se indica en LEXIDALE/BECH-BRUUN, op. cit. (*Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive*), pp. 67-68.

⁸⁴⁵ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 361.

⁸⁴⁶ Precisa GIRÓN TENA. J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 363, que “si no se traspasa el patrimonio en su integridad, para el resto habrá de aparecer, necesariamente, una fase liquidatoria”.

⁸⁴⁷ En sentido diferente indicaba GIRÓN TENA. J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), pp. 361-362, lo siguiente: “No es que haya dudas acerca de que en el concepto de fusión va implícita la sucesión universal, sino que esta regla se disponga expresamente por el Derecho positivo -que lo hará al mismo tiempo que adopte las premisas técnicas garantizadoras de los intereses afectados- sea posible la fusión, conceptualmente clara en su concepto. Ocurre lo siguiente: hay una verdadera fusión que responde al concepto doctrinal. Comúnmente aceptado en la Ley de S. A., porque hay una sucesión universal gracias a las precauciones adoptadas (...), pero en los casos en que aquella se aplica; había una normativa que hablaba de fusión (...), pero que no podía ser fusión, en rigor por faltarle la posibilidad de sucesión universal, ya que no se puede imponer un cambio de deudor contra el artículo 1.205 del C.C., por ser jurídicamente inaceptable admitirla sin ninguna técnica precautoria y por ser irritante que se exija esa técnica para el caso de intervenir en la fusión una S.A. y no sólo en el caso de que se trate, verbigracia de una S.R.L. No puede olvidarse que en la fusión tenemos (...) la posibilidad de un cambio sustancial en la forma de venir organizada la responsabilidad y, por el cambio de deudor, la posibilidad de que la sociedad subsistente esté cargada de deudas. Fuera de la Ley de S. A., no se puede hablar de fusión sino en sentido no estricto: conseguir el resultado final, pero por otra vía jurídica”.

⁸⁴⁸ Afirma PUIG BRUTAU, J., “*Fundamentos de Derecho Civil*”, t. III, v. 1º, cuarta edición, p. 148, que “los modernos códigos solo hallan la manera de expresar la relación jurídica que designamos con las palabras “derecho de propiedad” cuando éste derecho recae sobre objetos materiales; esto es definen el dominio en sentido estricto”.

⁸⁴⁹ “El Libro II del Código Mercantil está dedicado a las sociedades mercantiles. Su considerable extensión pone de manifiesto el desarrollo logrado por este sector del ordenamiento que, a lo largo de una prolongada y compleja evolución histórica, ha alcanzado una singular identidad jurídica bajo el rótulo “Derecho de Sociedades” con que habitualmente es designado”, Exposición de Motivos, apartado II-1.

⁸⁵⁰ Según se indica en la Exposición de Motivos, apartado III-71 “Esa concepción global comprensiva de las modificaciones estructurales de todas las sociedades mercantiles, con independencia de que su ámbito natural y preferente de aplicación sea el de las sociedades de capital, ha facilitado ahora su tránsito hacia el Código, avalando el lugar sistemático que ocupa”.

⁸⁵¹ Artículo 263-7: “2. La fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se registrará por lo establecido en las respectivas leyes personales, sin perjuicio de lo establecido en la Sección 2ª sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, en su caso, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas”; Artículo 263-37. “Noción de fusión transfronteriza. 1. Se consideran fusiones transfronterizas las fusiones de sociedades de capital cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española. 2. Se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española.

3. Las sociedades de capital sujetas a la legislación española que pueden participar en fusiones transfronterizas son las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada”.

⁸⁵² CALVO VÉRGEZ, J., “*Fusiones y escisiones de sociedades. Aspectos prácticos fiscales y contables*”, La Ley, Madrid 2011, p. 81.

⁸⁵³ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 292.

⁸⁵⁴ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 292.

⁸⁵⁵ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 293.

⁸⁵⁶ De lo que se ocupa el artículo 81 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, titulado “Tributación de los socios en las operaciones de fusión”.

⁸⁵⁷ Artículo 77.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades

⁸⁵⁸ Artículo 77.1.a) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, que establece en el último apartado anterior, en el supuesto de elementos patrimoniales transferidos a un Estado miembro de la Unión Europea, o del Espacio Económico Europeo con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria en los términos previstos en el apartado 3 de la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, será aplazado por la Administración tributaria a solicitud del contribuyente hasta la fecha de la transmisión a terceros de los elementos patrimoniales afectados, resultando de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y su normativa de desarrollo, en cuanto al devengo de intereses de demora y a la constitución de garantías para dicho aplazamiento”.

⁸⁵⁹ Artículo 77.1.b) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, aquella formas societarias son las “enumeradas en la parte A del anexo I de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, y estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos mencionados en la parte B de su anexo I”.

⁸⁶⁰ Artículo 77.1.c) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

⁸⁶¹ Artículo 77.1.d) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades

⁸⁶² Artículo 77.1.e) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y siempre que, en este último caso, tanto la entidad transmitente como la adquirente revistan una de las formas enumeradas en la parte A del anexo I de la Directiva 2009/133/CE, y estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos mencionados en la parte B de su anexo I.

⁸⁶³ Artículo 82 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

⁸⁶⁴ Artículo 77.1. último apartado, de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

⁸⁶⁵ Según el cual: “Las sociedades en liquidación podrán fusionarse con otras siempre que no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios”.

⁸⁶⁶ Artículo 22 da la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles.

⁸⁶⁷ Model Business Corporation Act, sección 11/7): “b) When a share exchange becomes effective, the shares of each domestic corporation that are to be exchanged for shares, other securities, interests, obligations, rights to acquire shares or other securities, cash, other property, or any combination of the foregoing, are entitled only to the rights provided to them in the plan of share exchange or to any rights they may have under chapter 13”.

⁸⁶⁸ Según el artículo 149.003, letra a), del Texas Civil Practice and Remedies Code “the cumulative successor asbestos-related liabilities of a corporation are limited to the fair market value of the total gross assets of the transferor determined as of the time of the merger or consolidation”.

⁸⁶⁹ Destaca el Abogado General Sr. Melchor Wathelet, en las conclusiones 62-63 de las presentadas en el asunto C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho-Centro Local do Lis (ACT), el 12 de noviembre de 2014.

⁸⁷⁰ El DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 2002, atribuye al término “fusión” los siguientes significados: “1. Acción y efecto de fundir o fundirse; 2. Unión de intereses, ideas o partidos; 3.Econ. Integración de varias empresas en una sola entidad, que suele estar legalmente regulada para evitar excesivas concentraciones de poder sobre el mercado”, y a “fundirse”: “4. Reducir a una sola dos o más cosas diferentes”; El DICCIONARIO DEL ESPAÑOL ACTUAL, de MANUEL SECO, OLIMPIA ANDÉS y GABINO RAMOS, t. A-F, Aguilar Lexicografía/Grupo Santillana Ediciones, S. A., Madrid 1999 v. I (A-F), atribuye al término “fusión”, el significado siguiente: “Acción de fundir(se) (...). País 22.12.89, 73: Reglamento de los “doce” para las fusiones empresariales”; El DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL, de MARÍA MOLINER, v. A-G, Editorial Gredos, S. A., Madrid 1994, atribuye al términos “fusión” el siguiente significado: “Acción de fundir o fundirse (derretirse) (...). Acción o efecto de fundir o fundirse (unirse)”, y a “fusionar: “Fundir”. “Unir, en sentido no material”.

⁸⁷¹ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 380, indica que “el elemento aglutinador del concepto se centra en “la integración en una única sociedad” de las sociedades participantes”; Precisa GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 89, o que comporta, a todos los efectos, a sustitución por una organización unitaria de la anterior pluralidad”.

⁸⁷² En orden al problema de la interrelación entre personalidad jurídica y extinción, afirmaba GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 363, en relación con la Ley de Sociedades Anónimas de 127 de julio de 1951, lo siguiente: “La ley de S.A. complementa la materia con el artículo 149 (que establecía lo siguiente: “Lo establecido en los artículos anteriores no afectará a los convenios de sindicación u otras formas de unión de Sociedades, en los que éstas continúan existiendo sin alteración de su personalidad jurídica”), en el que se hace relevante, en definitiva, la nota de la no extinción, para excluir de la esfera de vigencia de sus preceptos otras figuras de concentración de empresas. Esta -la extinción- es el dato relevante desde la ratio del precepto y no -según dice la norma- que permanezca inalterada la personalidad jurídica. Lo importante es que, por lo menos externamente subsista. El problema de si, en efecto, la personalidad jurídica no está afectada, no interesa en ese instante a la Ley desde el punto de vista de la situación jurídica que corresponda a una sociedad que quizás ha llegado a la falta de independencia efectiva, porque, para tratar este problema, sería suficiente el enfoque hecho exclusivamente desde el ángulo de la fusión”; Precisa el artículo 99 de la Ley n° 18.046, de Chile, sobre sociedades anónimas, que “la fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados”.

⁸⁷³ Hay “sucesión universal”, afirma SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 380; RUBIO, J., op. cit. (*Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*), pp. 470-471; Afirmaba GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 363: “Había una terminología que hablaba de fusión (artículos 138 y 139 del antiguo Regto. Reg. Mer.), pero que no podía ser fusión, en rigor por faltar la posibilidad de sucesión universal, ya que no se puede imponer un cambio de deudor contra el artículo 1205 del C.C., por ser jurídicamente inaceptable admitirla sin ninguna técnica precautoria y por ser irritante que se exija esa técnica para el caso de intervenir en la fusión una S.A., y no en el caso de que se trate, verbigracia, de una S.R.L. (...). Fuera de la Ley de S.A., no se puede hablar de fusión sino en sentido no estricto; conseguir el resultado final, pero por otra vía”; Expresivo era el preámbulo o exposición de motivos, apartado VII, de la Ley de 17 de Julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, en el que se decía lo siguiente: “Se admite la fusión por el doble sistema de incorporación, de una o más sociedades a otra anónima ya existente o mediante creación de una anónima nueva sobre la base de dos o más sociedades que se existen al fundirse, y para ambos supuestos se declara que la fusión se realizará traspasando en bloque el patrimonio activo y pasivo de las sociedades extinguidas a la nueva o supérstite, porque de no aceptar ese principio, habría que fraccionar en cada caso la transmisión patrimonial en los singulares negocios jurídicos aptos para transferir aisladamente los diferentes elementos patrimoniales de una sociedad a otra”, y según establecía el artículo 142, primer apartado de la misma ley de la Ley de 17 de Julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas: “La fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva se realizará acordando previamente cada una de ellas su disolución y el traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que haya de adquirir los derechos y obligaciones de aquella, si la fusión hubiera de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra anónima ya existente, ésta adquirirá en la misma forma los patrimonios de las sociedades absorbidas, aumentando, en su caso, el capital social, en la cuantía que proceda”.

⁸⁷⁴ PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 150-151, precisa que “son los socios quienes directamente reciben las acciones y no las sociedades que se extinguen, a pesar de que son éstas las que transmiten su patrimonio, avalando la teoría que concibe la fusión como una prolongación de vínculos societarios bajo una estructura nueva en contraposición a la idea de que la entrega de acciones constituye una contraprestación de la transmisión patrimonial acaecida. De ahí se deduce que los socios ostentan un derecho a que les sean atribuidas las acciones y el mismo justifica la existencia de una acción directa que pueden ejercitar los socios de la sociedades fusionadas contra la sociedad absorbente o nueva si ésta incumple con su obligación de entrega”.

⁸⁷⁵ Sobre el concepto de fusiones transfronterizas DÍAZ RUÍZ, E., “*La fusión de sociedades; en particular, las fusiones transfronterizas*”, en Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades (Beneyto Pérez, J. M. y Largo Gil, R., dir.) Editorial Bosch, Barcelona 2010, p. 368.

⁸⁷⁶ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008) Introducción, apartado B. (7).

⁸⁷⁷ “El criterio general que actualmente se mantiene es el de que los vínculos accionariales, funcionales o de gestión no alteran por sí mismos la configuración individual y personalidad jurídica de las sociedades debidamente constituidas como tales (...), de manera que el control de unas sociedades por otras a través del capital social no altera su respectiva personalidad jurídica, salvo en los supuestos legales de fusión por absorción”, afirman las SSTSJ, Sala de lo Social, de Galicia, de 30 de junio de 1999 y de 9 de julio de 2004.

⁸⁷⁸ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008), B.I (9).

⁸⁷⁹ Según la Companies Act de Québec, Companies Act de Québec, artículo 123.115: “Companies governed by this Part or Part I, excluding those to which another Act expressly declares Part I applicable, may amalgamate. Amalgamation effects continuance without its being necessary for a company to continue in accordance with Chapter XVIII”/123.115: “Des compagnies, régies soit par la présente partie soit par la partie I, à l’exception de celles auxquelles une autre loi déclare expressément la partie I applicable, peuvent fusionner. La fusion opère continuation sans qu’il soit nécessaire pour une compagnie de se continuer conformément au chapitre XVIII”; y artículo 123.120: “From the date shown on the certificate of amalgamation, the companies that have amalgamated continue in existence as one and the same company. The resulting company has the rights of the amalgamated companies and assumes their obligations” / 123.120: “À compter de la date figurant sur le certificat de fusion, les compagnies qui ont fusionné continuent leur existence en une seule et même compagnie. Cette compagnie possède les droits des compagnies fusionnées et en assume les obligations”.

⁸⁸⁰ La Sección 11.07 MBCA indica “(1) the corporation (...) that is designated in the plan of merger as the survivor continues or comes into existence, as the case may be;(2) the separate existence of every corporation (...) that is merged into the survivor ceases”.

⁸⁸¹ La Sección 259 de la Delaware Corporations Law indica que “when any merger or consolidation shall have become effective under this chapter, (...) the separate existence of all the constituent corporations, or of all such constituent corporations except the one into which the other or others of such constituent corporations have been merged, as the case may be, shall cease”. En similar sentido se pronuncian, la North Dakota Century Code, Chapter 10-19.1 y la North Dakota Business Corporation Act, establece: 10-19.1-102. Effective date of merger or exchange – Effect (...) 2. When a merger becomes effective: a. The constituent organizations become a single entity, the surviving organization. b. The separate existence of all constituent organizations except the surviving organization ceases”; Revised Code of Washington (RCW), Title 23B RCW, Washington Business Corporation Act: “RCW 23B.11.060 Effect of merger or share exchange, 1) When a merger takes effect: (a) Every other corporation party to the merger merges into the surviving corporation and the separate existence of every corporation except the surviving corporation ceases”; Nebraska Revised Statute, Revised Statutes, Chapter 21, 21-174. Effect of merger, precisa que “(a) When a merger becomes effective: (1) the surviving organization continues or comes into existence; (2) each constituent organization that merges into the surviving organization ceases to exist as a separate entity”; Kentucky Revised Statutes, Chapter 271B.11-060 Effect of merger or share exchange. indica :”(1) When a merger takes effect: (a) Every other corporation party to the merger shall merge into the surviving corporation and the separate existence of every corporation, except the surviving corporation, shall cease”.

⁸⁸² LARGO GIL, R., op. cit. (*Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado (RdS)*), p. 169 y 171, precisa que “uno de los elementos que están en la base de la categoría científica de las modificaciones estructurales es la eficacia típica de éstas. Esto es, la producción de los efectos legalmente previstos, cuya generación, automática y en un solo acto, está vinculada a la observancia del procedimiento imperativo predisposto para cada modalidad de cambio societario regulada legalmente. Unos efectos son generales, puesto que se producen en las diversas modalidades de cambios estructurales (como son la afección a la estructura de la sociedad, la conservación del patrimonio, al continuidad de los socios y la usencia de liquidación, presentes en la fusión, en la transformación y en la escisión) y otros sólo se producen en algunas de ellas (como es la extinción de la sociedad, que no se da en la transformación societaria ni en la escisión parcial y tampoco, con carácter necesario, en la cesión global del patrimonio social) (...). El carácter excepcional del efecto de la sucesión universal se explica porque el mismo comporta la exclusión del régimen común relativo a la transmisión del pasivo (...), lo que facilita sobremanera la realización de la operación al no ser necesario el consentimiento individual de los acreedores de la sociedad transmitente. Sin duda, es la razón explica la apetencia por el efecto aquí considerado. De ahí que se le atribuya al mismo el carácter de efecto típico; esto es, predicable únicamente en aquellos supuestos en los que se reconoce por la ley de manera expresa. Pero éste no es un extremo pacífico. En concreto surge la cuestión relativa a la posibilidad de aplicar la sucesión universal en virtud del argumento de la analogía, a ciertos cambios estructurales de las sociedades que carecen de una regulación sustantiva en nuestro ordenamiento, aunque se trate de cambios societarios socialmente típicos (...). La solución propuesta por la Resolución de 10 de junio de 1994 es la única posible de conformidad con el régimen en vigor. Hay que tener en cuenta que en el ámbito de las reestructuraciones societarias es operativo el principio de tipicidad, y por tanto, no son susceptibles de

extensión analógica, los efectos excepcionales de la fusión o de la escisión -en concreto la transmisión patrimonial a título universal- a aquellos supuestos que (...) todavía carecen de reconocimiento legal expreso”

⁸⁸³ ALONSO LEDESMA, C., “*Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad*”, en Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, v. V, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U, Madrid 2002, p. 4941; GALLEGO LANAU, M., “*La cesión global plural de activo y pasivo*”, RdS núm. 38, 2012-1, pp.281 ss.

⁸⁸⁴ CORTÉS, L. J., Y PÉREZ TROYA, A., “*El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades*”, en Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, v. V, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U, Madrid 2002, p. 4985.

⁸⁸⁵ “Frente a la exigencia del consentimiento del acreedor (el derecho de oposición que se ofrece al acreedor en la fusión) ofrece a la sociedad alternativas para obviarlo, y que, remediando el desamparo de la posición del acreedor de la sociedad absorbente, permite también dar cobijo y protección a sus legítimos intereses, incluso en los supuestos de fraude no existente”, afirman CORTÉS, L. J., Y PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades*), p. 4985.

⁸⁸⁶ Así la Companies Act de Québec, artículo 123.115, recurre a las expresiones “may amalgamate” y “amalgamation effects”.

⁸⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*), p. 95.

⁸⁸⁸ CONDE TEJÓN, A., op. cit. (*Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión global de activo y pasivo)*), p. 69, precisa que, “en ausencia de una regulación específica la transmisión patrimonial operada por medio de una reestructuración empresarial debería llevarse a cabo aplicando las normas previstas por el ordenamiento jurídico (sucesión particular). Para evitar esta consecuencia, sería necesario que el legislador dispusiera expresamente la aplicación de un régimen especial alternativo, y esto es precisamente lo que se hace al regular las operaciones de modificación estructural con el conocido efecto de sucesión universal. Por lo tanto, sólo existirá sucesión universal respecto de las operaciones a las que el legislador haya reconocido expresamente este especial modo de transmisión patrimonial, pues en las restantes operaciones la transmisión patrimonial se deberá llevar a cabo aplicando las normas generales, pues en ausencia de una norma especial que disponga un régimen específico ese es el régimen aplicable. Por último dado que la sucesión universal es el elemento definidor de las modificaciones estructurales, solo las operaciones a las que el legislador haya reconocido este efecto tendrán esa naturaleza, siendo las restantes meras reestructuraciones empresariales. De esa forma queda justificado el principio de tipicidad en materia de modificaciones estructurales, que implica que sólo tienen esa naturaleza, y en consecuencia sólo existe transmisión patrimonial por sucesión universal respecto de las operaciones reguladas por el legislador como tales”.

⁸⁸⁹ CONDE TEJÓN, A., op. cit. (*Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión global de activo y pasivo)*), pp. 69-70, donde precisa que “la prohibición de analogía se justifica en la ausencia de una laguna que integrar.

⁸⁹⁰ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 223.

⁸⁹¹ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 223-224.

⁸⁹² URÍA, R., MENÉNDEZ, A., e IGLESIAS PRADA, J. L., op. cit. (*Capítulo 51. Fusión y escisión de sociedades*), p. 1392; El artículo 16 del Decreto Legislativo de 30 maggio 2008, n. 108, “Effetti della fusione transfrontaliera”, establece: “1. La fusione transfrontaliera produce gli effetti di cui all'articolo 2504-bis, primo comma, del codice civile”. Aquel artículo. 2504 bis, “Effetti della fusione”, dispone: “La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte”.

⁸⁹³ Precisa ESTEBAN RAMOS, L. M^a, op. cit. (*Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección*), p. 56, con base en el artículo 233.1 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el derogado texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA), según el cual “la fusión de cualesquiera Sociedades en una Sociedad anónima nueva implicará la extinción de cada una de ellas y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva Entidad que haya de adquirir por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas”; SEQUEIRA MARTÍN, A, op. cit. (*Fusión de sociedades*), 644-646.

⁸⁹⁴Indica ESTEBAN RAMOS, L. M^a, op. cit. (*Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección*), p. 56, Nota 95, con relación al TRLSA “la alusión a sucesión universal no parecía en la regulación anterior. El artículo 142 LSA mencionaba el “traspaso en bloque”. No obstante, esta expresión se venía entendiendo por la doctrina como sucesión universal. Se hablaba de sucesión universal antes, incluso de la ley de 1951 (con cita de Langle y Rubio y a Uría y para la doctrina posterior a la ley de 1951 a Motos Guirao, Girón Tena, Vicent Chuliá, Rubio y a de la Cámara Álvarez)”.

⁸⁹⁵ A favor de la operatividad de dichas cláusulas en las fusiones internas, se pronuncian URÍA, R., MENÉNDEZ, A., e IGLESIAS PRADA, J. L., op. cit. (*Capítulo 51. Fusión y escisión de sociedades*), p. 1392.

⁸⁹⁶ Comentario Oficial a la sección 11.07 (a) de la Model Business Corporation Act que señala que “a merger is not a conveyance, transfer, or assignment. It does not give rise to claims of reverter or impairment of title based on a prohibited conveyance, transfer or assignment. It does not give rise to a claim that a contract with a party to the merger is no longer in effect on the ground of nonassignability, unless the contract specifically provides that it does not survive a merger”.

⁸⁹⁷ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 361, afirma que es otro de los elementos del concepto de fusión la “sucesión universal o transmisión íntegra -con activo y pasivo- de patrimonios”; GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 90.

⁸⁹⁸“Cuando una operación efectuada por una sociedad de capital, como por ejemplo, la ampliación de su capital social, la modificación de sus estatutos o la adquisición de bienes inmuebles a través de una fusión, deba obligatoriamente ser objeto de una formalidad jurídica conforme al Derecho nacional, dicha formalidad condiciona el ejercicio y la continuación de la actividad de esta sociedad”, SSTJUE de 18 de marzo de 2002, asunto C-426/98, Comisión/Grecia, de 15 de junio de 2006, asunto C-264/04, Badischer Winzerkeller, de 20 de junio de 2007, asunto C-466/03, Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft, y de 3 de julio de 2014, asunto C-524/13, Eycke Braun.

⁸⁹⁹ Su texto original es el siguiente: “a) When a merger becomes effective: (3) all property owned by, and every contract right possessed by, each corporation or eligible entity that merges into the survivors vested in the survivor without reversion or impairment; (4) all liabilities of each corporation or eligible entity that is merged into the survivor are vested in the survivor”.

⁹⁰⁰ El texto original de la Sección 259 de la Delaware GCL señala lo siguiente “possessing all the rights, privileges, powers and franchises as well of a public as of a private nature, and being subject to all the restrictions, disabilities and duties of each of such corporations so merged or consolidated; and all and singular, the rights, privileges, powers and franchises of each of said corporations, and all property, real, personal and mixed, and all debts due to any of said constituent corporations on whatever account, as well for stock subscriptions as all other things in action or belonging to each of such corporations shall be vested in the corporation surviving or resulting from such merger or consolidation; and all property, rights, privileges, powers and franchises, and all and every other interest shall be thereafter as effectually the property of the surviving or resulting corporation as they were of the several and respective constituent corporations, and the title to any real estate vested by deed or otherwise, under the laws of this State, in any of such constituent corporations, shall not revert or be in any way impaired by reason of this chapter; but all rights of creditors and all liens upon any property of any of said constituent corporations shall be preserved unimpaired, and all debts, liabilities and duties of the respective constituent corporations shall thenceforth attach to said surviving or resulting corporation, and may be enforced against it to the same extent as if said debts, liabilities and duties had been incurred or contracted by it.

Precisa al respecto también el California Corporations Code, section 107: (a) Upon merger pursuant to this chapter the separate existence of the disappearing corporations ceases and the surviving corporation shall succeed, without other transfer, to all the rights and property of each of the disappearing corporations and shall be subject to all the debts and liabilities of each in the same manner as if the surviving corporation had itself incurred them; (b) For purposes of subdivision (a), a surviving corporation may succeed without the payment of any local agency transfer fee to all licenses, permits, registrations, and other privileges granted by any local agency provided the merger does not result in a change of ownership. Examples of mergers that do not result in a change of ownership are mergers between any of the following: (1) a corporation and its wholly owned subsidiary; (2) a corporation and the wholly owned subsidiary of that corporation's wholly owned subsidiary; or (3) two wholly owned subsidiaries of the same parent corporation. The surviving corporation shall be subject to the same duties and obligations in connection with the license, permit, registration, or other privileges acquired from the disappearing corporations. (c) All rights of creditors and all liens upon the property of each of the constituent corporations shall be preserved unimpaired, provided that any liens upon property of a disappearing corporation shall be limited to the property affected thereby

immediately prior to the time the merger is effective”; Wayomin Statutes, Title 17- Corporations, Partnerships and Associations, Chapter 1 - Business Corporations, Article 1 - In general: “7-16-1107. Effect of merger, (...) (iii) All property owned by, and every contract right possessed by, each corporation or eligible entity that merges into the survivor is vested in the survivor without reversion or impairment; (iv) All liabilities of each corporation or eligible entity that is merged into the survivor are vested in the survivor”; Nebraska Revised Statute, Revised Statutes, Chapter 21, 21-174. Effect of merger, indica : ““(a) When a merger becomes effective (...) (3) all property owned by each constituent organization that ceases to exist vests in the surviving organization; (4) all debts, obligations, or other liabilities of each constituent organization that ceases to exist continue as debts, obligations, or other liabilities of the surviving organization”; Kentucky Revised Statutes, Chapter 271B.11-060 Effect of merger or share exchange, establece: “(1) When a merger takes effect: (.) (b) The title to all property, whether real, personal, or intangible, owned by each corporation party to the merger shall be vested in the surviving corporation without reversion or impairment; (c) The surviving corporation shall have all liabilities of each corporation party to the merger”.

⁹⁰¹ Según la Umwandlungsgesetz (UmwG), § 20 Wirkungen der Eintragung: (1) Die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers hat folgende Wirkungen: 1. Das Vermögen der übertragenden Rechtsträger geht einschließlich der Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger über”; El artículo L236-1 del Code de commerce, establece: “En savoir plus sur cet article. Une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent. Une société peut aussi, par voie de scission, transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles. Ces possibilités sont ouvertes aux sociétés en liquidation à condition que la répartition de leurs actifs entre les associés n'ait pas fait l'objet d'un début d'exécution”, y el artículo L236-3. I, del mismo Code de commerce, establece: “I. - La fusion (...) entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion”.

⁹⁰² GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 90, afirma que no existe fusión por tanto si una sociedad transmite su activo sin el pasivo: entraría en liquidación. En todo caso no habría fusión”.

⁹⁰³ STJUE de 5 de marzo de 2015, asunto C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho-Centro Local do Lis (ACT), se refiere a la Directiva 78/855, norma vigente en el momento de los hechos que enjuicia, pero, como afirma el Abogado General Sr. Melchor Wathelet, en la conclusión 5 de las presentadas en aquel asunto, el 12 de noviembre de 2014: “La Tercera Directiva fue codificada por la Directiva 2011/35. Los considerandos y disposiciones de la Directiva 2011/35 pertinentes para el presente asunto son básicamente idénticos a los correspondientes considerandos y disposiciones de la Tercera Directiva. Por ese motivo, aunque la fusión objeto del litigio principal se llevó a cabo cuando estaba en vigor el régimen establecido por la Tercera Directiva, me referiré, al igual que el órgano jurisdiccional remitente y las partes, a la Directiva 2011/35”.

⁹⁰⁴ Según el Plan General de contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, con las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, (PGC), Primera parte. Marco conceptual de la contabilidad, “4º Elementos de las cuentas anuales. Los elementos que, cuando cumplan los criterios de reconocimiento que se establecen posteriormente, se registran en el balance “1. Activos: bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro. 2. Pasivos: obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, para cuya extinción la empresa espera desprenderse de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económicos en el futuro. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones”, y por diferencia resulta “3. Patrimonio neto: constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten”; Al tenor del Marco Conceptual para la Preparación y Presentación de los Estados Financieros, documento fue aprobado por el Consejo del IASC en abril de 1989, y adoptado por el IASB en abril de 2001: “(a) Un activo es un recurso controlado por la entidad como resultado de sucesos pasados, del que la entidad espera obtener, en el futuro, beneficios económicos. (b) Un pasivo es una obligación presente de la empresa, surgida a raíz de sucesos pasados, al vencimiento de la cual, y para cancelarla, la entidad espera desprenderse de recursos que incorporen beneficios económicos. (c) Patrimonio neto es la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos.(50). Las definiciones de activo, pasivo y patrimonio neto, identifican sus

características esenciales, pero no pretenden especificar las condiciones a cumplir para que tales elementos se reconozcan en el balance. Por tanto, ciertas partidas pueden caer en las definiciones, pero no se reconocerán como activos o pasivos en el balance, porque no cumplen las condiciones para su reconocimiento, (...). En particular, la expectativa de que llegarán a, o saldrán, beneficios económicos de la empresa, debe tener el suficiente grado de certeza para cumplir la condición de probabilidad (...), a fin de permitir que se reconozca un activo o un pasivo. Al evaluar si una partida cumple la definición de activo, pasivo o patrimonio neto, debe prestarse atención a las condiciones esenciales y a la realidad económica que subyacen en la misma, y no meramente a su forma legal”.

⁹⁰⁵ STJUE de 5 de marzo de 2015, asunto C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho-Centro Local do Lis (ACT). El interés de esta sentencia para este trabajo, así como el de las Conclusiones Abogado General Sr. Melchor Wathelet, presentadas en el asunto de referencia el 12 de noviembre de 2014, aconsejan efectuar una remisión general tanto a la sentencia como a las conclusiones aludidas.

⁹⁰⁶ Revised Code of Washington (RCW), Title 23B RCW, Washington Business Corporation Act, RCW 23B.11.060. Effect of merger (...): “(d) A proceeding pending against any corporation party to the merger may be continued as if the merger did not occur or the surviving corporation may be substituted in the proceeding for the corporation whose existence ceased”; Wayomin Statutes, Title 17- Corporations, Partnerships and Associations, Chapter 1 - Business Corporations, Article 1 - In general: “7-16-1107. Effect of merger (...). (a) When a merger becomes effective:(i) The corporation (...) that is designated in the plan of merger as the survivor continues or comes into existence, as the case may be and the separate existence of every corporation or eligible entity that is merged into the survivor ceases”; Wayomin Statutes, Title 17- Corporations, Partnerships and Associations, Chapter 1 - Business Corporations, Article 1 - In general: “7-16-1107. Effect of merger: (...) (v) The name of the survivor may, but need not be, substituted in any pending proceeding for the name of any party to the merger whose separate existence ceased in the merger”; Nebraska Revised Statute, Revised Statutes, Chapter 21, 21-174. Effect of merger, indica : ““(a) When a merger becomes effective: (...) (5) an action or proceeding pending by or against any constituent organization that ceases to exist may be continued as if the merger had not occurred”; Kentucky Revised Statutes, Chapter 271B.11-060 Effect of merger or share exchange, establece: “ (1) When a merger takes effect: (...) (d) A proceeding pending against any corporation party to the merger may be continued as if the merger did not occur or the surviving corporation may be substituted in the proceeding for the corporation whose existence ceased”.

⁹⁰⁷ El California Corporations Code, section 1107 establece: “(d) Any action or proceeding pending by or against any disappearing corporation may be prosecuted to judgment, which shall bind the surviving corporation, or the surviving corporation may be proceeded against or substituted in its place”; Revised Code of Washington (RCW), Title 23B RCW, Washington Business Corporation Act; RCW 23B.11.060 Effect of merger (...): “(b) The title to all real estate and other property owned by each corporation party to the merger is vested in the surviving corporation without reversion or impairment; (c) The surviving corporation has all liabilities of each corporation party to the merger”.

⁹⁰⁸ Indica el Abogado General Sr. Melchor Wathelet, en las conclusiones 42-43 de las presentadas en el asunto C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho-Centro Local do Lis (ACT), el 12 de noviembre de 2014

⁹⁰⁹ Precisa el Abogado General Sr. Melchor Wathelet, en las conclusiones 49-52 de las presentadas en el asunto C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho-Centro Local do Lis (ACT), el 12 de noviembre de 2014.

⁹¹⁰ Que son las siguientes, según indica el artículo 84.2.a) y b), “subrogación en los derechos y las obligaciones tributarias”, de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades: a) La extinción de la entidad transmitente. b) La transmisión de una rama de actividad cuyos resultados hayan generado bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente. En este caso, se transmitirán las bases imponibles negativas pendientes de compensación generadas por la rama de actividad transmitida. Cuando la entidad adquirente participe en el capital de la transmitente o bien ambas formen parte de un grupo de sociedades a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, la base imponible negativa susceptible de compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título, correspondiente a la participación o a las participaciones que las entidades del grupo tengan sobre la entidad transmitente, y su valor fiscal.

⁹¹¹ STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-126/10, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA y Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, con intervención de: Ministério Público, en relación con la necesidad de la existencia de un motivo económico válido al objeto del acogimiento al régimen de neutralidad fiscal, señala que “a) puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que éstas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada; b) una fusión efectuada en forma de absorción de una sociedad que no ejerce actividades y que no aporta activo propio a la sociedad absorbente puede no obstante considerarse, respecto de esta última, realizada por motivos económicos válidos; c) Tampoco se excluye que una fusión por absorción de una sociedad con dichas pérdidas pueda tener motivos económicos válidos en la medida en que la legislación fiscal haga referencia expresamente a las disposiciones legislativas que autorizan la asunción de las pérdidas de la sociedad absorbida que aún no han sido amortizadas desde un punto de vista fiscal; d) Cuestión diferente es que el hecho de que dichas pérdidas fiscales sean de un importe elevado y que su origen no esté claramente determinado puede constituir un indicio de fraude o de evasión fiscal, toda vez que la operación de fusión por absorción de una sociedad sin aportación de activo sólo tiene como objetivo obtener un beneficio puramente fiscal; e) nada se opone, en principio, a que una operación de fusión que lleve a cabo una reestructuración o una racionalización de un grupo que permita reducir los gastos administrativos y de gestión de éste pueda tener motivos económicos válidos”.

⁹¹² Indica el Abogado General Sr. Melchor Wathelet, en la conclusión 68 de las presentadas en el asunto C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho-Centro Local do Lis (ACT), el 12 de noviembre de 2014.

⁹¹³ Según el Abogado General Sr. Melchor Wathelet, en la conclusión 68 de las presentadas en el asunto C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho-Centro Local do Lis (ACT), el 12 de noviembre de 2014.

⁹¹⁴ Establece en su conclusión 61 de las presentadas en el asunto C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho-Centro Local do Lis (ACT), el 12 de noviembre de 2014, el Abogado General Sr. Melchor Wathelet.

⁹¹⁵ Se indica en la Exposición de Motivos, apartado I, párrafo sexto del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

⁹¹⁶ Havard-Williams, V., “Asbestos liability: Managing the risks”, Practical Law, <http://uk.practicallaw.com/cs/Satellite>; En ese sentido se pronuncia el Abogado General Sr. Melchor Wathelet, en las conclusiones 55, 58 y 59 de las presentadas en el asunto asunto C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho-Centro Local do Lis (ACT), el 12 de noviembre de 2014.

⁹¹⁷ Indica el Abogado General Sr. Melchor Wathelet, en las conclusiones 64 y 65 de las presentadas en el asunto asunto C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho-Centro Local do Lis (ACT), el 12 de noviembre de 2014, el cual respecto del activo, precisa, en Nota 19, lo siguiente: “Desde muy antiguo se ha considerado que la expectativa de un crédito futuro forma parte del patrimonio de una persona. En este sentido, cabe citar el libro III.15.4 de las Instituciones de Justiniano (“La estipulación condicional sólo genera la esperanza de una obligación, y esta esperanza se transmite a los herederos si se produce el fallecimiento antes de cumplirse la condición”: HULOT, H., “*Les Institutes de l’Empereur Justinien*”, Behmer y Lamort editores, Metz, 1806), y el pasaje del Libro L.16.54 del Digesto del mismo Emperador, atribuido al jurista romano Ulpiano (“Son acreedores condicionales quienes aún no disponen de acción, pero dispondrán de ella, o aquellos que tienen la esperanza de adquirirla cuando concurra la condición a la que está supeditado su crédito”: HULOT, H., y BERTHELOT, J.-F. “*Les Cinquantes Livres du Digeste ou des Pandectes de l’Empereur Justinien*”, Behmer y Lamort editores, Metz, 1803)”: Precisa la Umwandlungsgesetz (UmwG), § 21 Wirkung auf gegenseitige Verträge: “Treffen bei einer Verschmelzung aus gegenseitigen Verträgen, die zur Zeit der Verschmelzung von keiner Seite vollständig erfüllt sind, Abnahme-, Lieferungs- oder ähnliche Verpflichtungen zusammen, die miteinander unvereinbar sind oder die beide zu erfüllen eine schwere Unbilligkeit für den übernehmenden Rechtsträger bedeuten würde, so bestimmt sich der Umfang der Verpflichtungen nach Billigkeit unter Würdigung der vertraglichen Rechte aller Beteiligten”.

⁹¹⁸ Conclusiones 55, y 61 de las presentadas en el asunto C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho-Centro Local do Lis (ACT), el 12 de noviembre de 2014, por el Abogado General Sr. Melchor Wathelet.

⁹¹⁹ Señala el Abogado General Sr. Melchor Wathelet, en las conclusiones 55, 58 y 59 de las presentadas en el asunto C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho-

Centro Local do Lis (ACT), el 12 de noviembre de 2014, que añade lo siguiente: “En caso contrario, la fusión constituiría una causa de extinción de obligaciones y podría incluso realizarse exclusivamente con ese fin. Los siguientes ejemplos permiten ilustrar este punto: -el día antes de producirse la fusión entre dos sociedades petroleras, una de ellas provoca una catástrofe medioambiental a raíz de un vertido de petróleo en el mar. Si se adopta la interpretación según la cual, para que pueda transmitirse a la sociedad absorbente, la deuda debe haber nacido, ser cierta y ser exigible a la sociedad deudora antes de la fusión, la Administración no podría imponer las multas previstas en el Derecho medioambiental y los perjudicados no podrían obtener una indemnización por daños y perjuicios; -tras una fusión (...), la Administración tributaria detecta que la sociedad absorbida llevaba varios años operando con arreglo a un plan de optimización fiscal abusivo. Si se aplica la mencionada interpretación, la Administración tributaria no podría recuperar los impuestos no pagados”.

⁹²⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 69.

⁹²¹ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 361, que advierte que “responde al concepto doctrinal”.

⁹²² Afirman BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., op. cit. (*Manual de Derecho Mercantil*), p. 569, que uno de los presupuestos o requisitos de la fusión es la “transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades disueltas, precisamente porque el efecto querido por la fusión es que todo el patrimonio (activo y pasivo) de cada sociedad disuelta se transmita de modo universal a la sociedad resultante (de nueva creación o sociedad absorbente). Este traspaso en bloque de los patrimonios respectivos significa que la sociedad resultante adquiere el activo y el pasivo de las sociedades que se fusionan en unidad de acto y a título adquisitivo, adquiriendo por sucesión universal los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas”.

⁹²³ Dado que en las fusiones, en general, y en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas en particular, nos encontramos con un proyecto común de fusión que habrá de ser aprobado por las sociedades participantes en el que se describen concretas operaciones sucesorias, no es inadecuado acudir a la doctrina, aplicando el criterio, también *pari passu* y cambiando lo que debe ser cambiado, expuesto por BLANQUER UBEROS, R., “*El testamento título de operaciones sucesorias realizadas en la normalidad del derecho*”, Discurso leído el 28 de abril de 2008 en el acto de su recepción como Académico de Número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2008, pp. 30, 76 y 98 ss. en la primera de ellas indica que “el papel que es propio del testamento en la realización del fenómeno sucesorio, por su forma y su contenido dispositivo, es el de título justificativo de las operaciones en que la sucesión consiste”, y en la segunda de ellas que “un somero repaso de la evolución histórica en los sistemas más significativos nos ha de ayudar a comprender el origen de las diferencias entre unos y otros modos de organizar el fenómeno sucesorio, que resultan consolidadas por la evolución histórica, y a situar en cada uno de ellos el papel del testamento, tanto en su condición de forma expresiva, o portadora de la última voluntad del sujeto de derecho fallecido como en su papel directo de título causal y funcional de la realización de las operaciones del fenómeno sucesorio, en su papel mediato cuando sea el “promotor”, o el fundamento de un nuevo y diverso título en el que radique la virtualidad inmediata para la realización de las operaciones sucesorias”, en la tercera y ss. se refiere a la circulación transnacional del testamento, comenzando con la indicación de que “la movilidad de un testamento ocurre cuando un testamento nacido, dispuesto u otorgado “dentro”, o en el seno, de un ordenamiento “deba entrar” en la esfera de vigencia de otro ordenamiento”.

⁹²⁴ Su puede acudir a la idea sucesoria universal general, reparándose en que a semejanza de lo que ocurre en ella, la “continuidad jurídica es tan intensa que en la doctrina clásica se afirmaba que el heredero es continuador de la personalidad del causante”, afirma LASARTE ÁLVAREZ, C., “*Principios de Derecho Civil*”, t. séptimo, *Derecho de Sucesiones*, Alájar Ediciones y Promociones, S. L., Editorial Trivium. S. A., Madrid 2001, p. 41, y como advierte, en la misma página, “ciertamente tal afirmación es criticable, pues la personalidad se extingue con la muerte y se adquiere con el nacimiento (...). Es muy dudoso, sin embargo, que quienes afirmaban la continuación de la personalidad, ahora tan criticada, desconocieran lo apenas dicho, y que no pretendieran sencillamente recurrir a un artificio literario de peculiar fuerza descriptiva”; Asimismo conviene recordar que “de la concepción sucesoria romana (...), además del principio de unidad de la herencia dimana el de la responsabilidad ilimitada, o *ultra vires* del heredero por las deudas del causante. Respecto de este principio de la responsabilidad patrimonial ilimitada del heredero por las deudas de la herencia (...) ante una herencia con pasivo mayor que el activo se observan en derecho comparado soluciones diversas para la conjugación de los intereses de los acreedores del causante y de sus herederos, que se centran genéricamente en dos sistemas generales: el de la continuidad en los herederos, y el de la liquidación por uno o varios ejecutores o fiduciarios a través de un determinado procedimiento. La clave diferencial, entre uno y otro, radica en la estimación de la conveniencia, o no, de que en cada sucesión hereditaria se proceda a la liquidación o purga de las deudas del causante. En el Medievo, el cambio de circunstancias económicas producido por la caída del Imperio romano de Occidente, con la contracción de las actividades productivas

sólo a las agrarias, o también por influjo del derecho germánico, del feudal o de los criterios troncales que rompieron la concepción unitaria de la herencia, se observa un predominio de limitar intra vires hereditatis la responsabilidad del heredero (...). Tanto el liber iudicorum como su versión romanceada del Fuero Juzgo (5, 6, 5) y asimismo el Fuero Real (30, 20, 6) siguieron ese criterio de responsabilidad limitada sin acudir a la exigencia de requisito formal alguno (...) frente al concepto de hereitas successio como subrogación de los herederos en los derechos y obligaciones de su causante, el sistema de liquidación de las mismas la deja de facto reducida para el heredero a su activo líquido, dando de ella una imagen residual. Pero tal imagen no cabe en el sistema de la successio in ius, sino en una perspectiva vulgar de su aspecto económico, aunque la haya expresado la Partida 7, 33, 8 (...). El principio de que la sucesión se produce no sólo en bienes y derechos sino también en las obligaciones, y la consiguiente responsabilidad personal ilimitada del heredero por las deudas de su causante (...) resulta reconocido por el Código Civil”, indica VALLET DE GOYTISOLO, J., “*El derecho de sucesiones en el Código Civil*”, ARAJL núm. 21, 1989, pp. 15-18; Al traspaso “en bloque del patrimonio activo y pasivo de las sociedades extinguidas a la nueva o supérstite”, aludía el preámbulo o exposición de motivos, apartado VII, de la Ley de 17 de Julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas; Sobre la persona jurídica centrada en la sociedad anónima DE CASTRO, “*La persona jurídica*”, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1981.

⁹²⁵ Aquella referencia al testamento sigue siendo cabalmente válida pues si bien, como afirma ESTEBAN RAMOS, L. M^a, op. cit. (*Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección*), p. 57, “las relaciones se transmiten uno actu, no siendo necesario observar las particulares normas que rigen la transmisión de cada uno de los bienes integrantes del patrimonio”, y “la transmisión de determinados bienes, derechos u obligaciones, sí requiere, sin embargo, cumplir ciertos requisitos para oponer dicha transmisión a terceros”, circunstancia a la que no aludía ni el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el derogado texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLA), ni alude la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, sin embargo sí se alude a ella en el artículo 14 de la Directiva 2005/56. Ciertamente, como se afirma por la misma autora semejante referencia no era necesaria “ya que esas formalidades son exigibles para la transmisión de los bienes con independencia de cuál sea su causa”, pero quedaba pendiente, al menos en el ámbito transfronterizo determinar qué sociedad debía llevar a cabo aquellos actos y en qué momento, lo que resuelve la Directiva precitada 2005/56, previsión que además soluciona la cuestión, vinculada a la anterior, referente al título justificativo de la transferencia de los bienes y, en ocasiones “promotor”, o “el fundamento de un nuevo y diverso título en el que radique la virtualidad inmediata para la realización de las operaciones sucesorias”, que será la escritura pública de la fusión debidamente inscrita.

⁹²⁶ ESTEBAN RAMOS, L. M^a, op. cit. (*Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección*), p. 55.

⁹²⁷ Según la Umwandlungsgesetz (UmwG) § 20 Wirkungen der Eintragung: “(1) Die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers hat folgende Wirkungen: (...) 2. Die übertragenden Rechtsträger erlöschen. Einer besonderen Löschung bedarf es nicht; El artículo L236-3. I, del Code de commerce, establece: “I. - La fusion (...) entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion”; Código das Sociedades Comerciais, artículo Artigo 112, “Efeitos do registo”, establece: “Com a inscrição da fusão no registo comercial (...) “b) Os sócios das sociedades extintas tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade”; SEQUEIRA MARTÍN, A, op. cit. (*Fusión de sociedades*), p. 644; Precisa la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de junio de 2007, que “la fusión (...) de una sociedad, supone su extinción sin que tenga lugar su liquidación, estableciendo los arts. (...) un procedimiento para su verificación que, una vez concluido, determina la extinción irrevocable de la primitiva sociedad, lo cual quiere decir que hasta que no esté ejecutada por completo e inscrita debidamente dicha fusión no se produce la disolución de las sociedades objeto de esa operación”.

⁹²⁸ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 359.

⁹²⁹ Mutatis mutandis y cambiando lo que puede ser cambiado, puede atenderse, respecto de la sociedad absorbente a la idea de que “el heredero, ni muta o cambia de personalidad por serlo”, afirma LASARTE ÁLVAREZ, C., op. cit. (*Principios de Derecho Civil*), p. 41.

⁹³⁰ Siguiendo a LASARTE ÁLVAREZ, C., op. cit. (*Principios de Derecho Civil*), p. 41; Indica GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de Sociedades*), que “no vemos como pueda serlo que una sociedad viva en otra y subsista, como tal en el seno de la misma. En realidad las sociedades que se extinguen desaparecen totalmente y son

ciertos contenidos o intereses que en ellas existían los que pasan a ser acogidos en la que subsiste, pero sin romper la unidad y la individualidad de ésta”.

⁹³¹ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), pp. 380-381; Indican IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., op. cit. (*Lección 25. Las Modificaciones estructurales de las Sociedades*), p. 578, que “en cualquier supuesto de fusión, los patrimonios de las sociedades que se extinguen en el proceso de transmiten en bloque a la nueva sociedad (fusión por creación de nueva sociedad) o a la sociedad absorbente (fusión por absorción). Lo característico de esta transmisión es que se produce a título universal, de tal modo que la sociedad resultante sucede a las extinguidas en el conjunto de sus relaciones jurídicas. En consecuencia, los distintos bienes, derechos y obligaciones se transmiten uno actu y en virtud de la propia fusión, sin necesidad de servirse de los negocios precisos para la transmisión de cada uno de esos elementos”.

⁹³² BELTRAN, E., op. cit. (*La Liquidación. Artículo 371*), p. 2592.

⁹³³ En relación con la sucesión hereditaria BERDEJO, J. L., op. cit. (*Manual de Derecho Civil*), p. 739.

⁹³⁴ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 380, afirma que el concepto de fusión “adquiere su plena comprensión” cuando se completa con la regulación que la ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, hace de las clases de fusión.

⁹³⁵ Según el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 2002, “integrar” significa: “1. Dicho de las partes: Constituir un todo. 2. Completar un todo con las partes que faltaban. 3. Hacer que alguien o algo pase a formar parte de un todo. (...) 5. Aunar, fusionar dos o más conceptos, corrientes, etc., divergentes entre sí, en una sola que las sintetice”; El DICCIONARIO DEL ESPAÑOL ACTUAL, de MANUEL SECO, OLIMPIA ANDÉS y GABINO RAMOS, v II., G-Z, Aguilar Lexicografía/Grupo Santillana Ediciones, S. A., Madrid 1999, atribuye a “integrar”, el significado siguiente: 1. Formar (diversas personas o cosas un todo) (...), Constituir (una cosa, (suj) una entidad (cd) (...)) Hacer que alguien o algo (cd) pase a formar parte d un todo”; El DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL, de MARÍA MOLINER, v. H-Z, Editorial Gredos, S. A., Madrid 1994, atribuye a “integrar” el significado siguiente: “Componer. Constituir. Formar. 2. Hacer un todo o conjunto con partes diversas” (...). Contribuir a formar un todo o conjunto, y a “integrarse”: “Juntarse para formar un todo o conjunto. Unirse a cierta cosa para formar un conjunto”.

⁹³⁶ Por ello y aun cuando exista “sucesión universal” no se produce la extinción de la sociedad de cuyo patrimonio se segrega una o varias partes. Como indica la STS, Sala Primera de lo Civil, de 1 de abril de 2015: “La segregación a que se refiere el art. 71 de la Ley 3/2009 es una figura jurídica muy extendida en el tráfico mercantil, que supone un solo negocio jurídico consistente en un traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, a favor de una o varias sociedades, recibiendo a cambio aquella acciones de las sociedades beneficiarias. La diferencia fundamental frente a la escisión total o parcial reside en que la contraprestación a la aportación la recibe la propia sociedad segregada y no los socios de ésta. Razón por la cual, por la segregación, no es necesario que se extinga la entidad transmitente. En la segregación no hay individualización de los créditos, ni una pluralidad de negocios jurídicos de cesión de créditos, porque estos se transmiten en bloque, por sucesión universal, formando una unidad económica”.

⁹³⁷ Así se pronuncia el Abogado General Sr. Antonio Tizzano, en la conclusión 29 de su escrito de Conclusiones presentado el 7 de julio de 2005, en el asunto C-411/03 SEVIC Systems Aktiengesellschaft contra Amtsgericht Neuwied”.

⁹³⁸ Afirman URÍA, R., MENÉNDEZ, A., e IGLESIAS PRADA, J. L., op. cit. (*Capítulo 51. Fusión y escisión de sociedades*), p. 1391, que “la fusión constituye, en efecto, un modo de extinción de la sociedad diferente de aquel otro que podríamos denominar ordinario, y que se produce por el cauce de la disolución y la liquidación. Se puede afirmar así que, mientras en el supuesto ordinario de disolución la extinción de la sociedad se produce mediante la liquidación del conjunto de relaciones jurídicas surgidas del contrato de sociedad, en los casos de fusión la sucesión en ese entramado de relaciones causa de la extinción de la sociedad”.

⁹³⁹ El DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 2002, atribuye a “proceso” los siguientes significados: 1. Acción de ir hacia adelante. 2. Transcurso del tiempo. 3. Conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial. 4. Der. Agregado de los autos y demás escritos en cualquier causa civil o criminal”; El DICCIONARIO DEL ESPAÑOL ACTUAL, de MANUEL SECO, OLIMPIA

ANDÉS y GABINO RAMOS, v. II, G-Z, Aguilar Lexicografía/Grupo Santillana Ediciones, S. A., Madrid 1999, atribuye a “proceso”, el siguiente significado: Conjunto de fases o estados sucesivos que constituyen un hecho complejo (...). 2. conjunto de operaciones a que se somete una cosa (...). Der. conjunto de las actuaciones de un tribunal para juzgar sobre un caso”; El DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL, de MARÍA MOLINER, v. H-Z, Editorial Gredos, S. A., Madrid 1994, atribuye a “proceso”, el siguiente significado: “Desarrollo o marcha de una cosa (...). “Causa”. “Juicio”, y a procedimiento: “Sucesión”. “Serie de cosas que siguen cada una a otra”; Puede seguirse manteniendo la afirmación que efectuaba respecto de la LSA, SEQUEIRA MARTÍN, A, “Fusión de sociedades”, en Diccionario de Derecho de sociedades” (Alonso Ledesma, C., Dir.), Iustel-Portal Derecho, S.A., Madrid 2006, p. 640, acerca de que la regulación de la fusión se configura “como un proceso que se estructura a través de diversas fases concatenadas entre sí”.

⁹⁴⁰ Según el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 2002, atribuya a “procedimiento” los siguientes significados: “1. Acción de proceder. 2. Método de ejecutar algunas cosas. 3. Der. Actuación por trámites judiciales o administrativos”; El DICCIONARIO DEL ESPAÑOL ACTUAL, de MANUEL SECO, OLIMPIA ANDRÉS y GABINO RAMOS, v. II, G-Z, Aguilar Lexicografía/Grupo Santillana Ediciones, S. A., Madrid 1999, atribuye a “procedimiento”, el siguiente significado: “Modo de proceder (...). (Der). Actuación por trámites judiciales o administrativos”; El DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL, de MARÍA MOLINER, v. H-Z, Editorial Gredos, S. A., Madrid 1994.

⁹⁴¹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 77,

⁹⁴² SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 388, también en op. cit. (*La fundación de una sociedad anónima mediante fusión por creación de una nueva sociedad*), p. 927, afirma que “la fusión es por lo tanto un proceso en virtud del cual dos o más sociedades acuerdan unirse, confundiendo sus socios y patrimonios en virtud de una transmisión a título universal, en una sociedad ya existente o que se crea a estos efectos con la extinción simultánea de las sociedades absorbidas”; LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 69 afirma que “la esencia de la fusión se identifica con el procedimiento de realización de la misma”.

⁹⁴³ LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 69 alude a que “el procedimiento es presupuesto para alcanzar, en un solo acto, el efecto integrador de las sociedades, desde una perspectiva jurídica y económica; esto es: la transmisión patrimonial en bloque, el agrupamiento de los socios y la extinción de las sociedades absorbidas o de las sociedades fusionantes son efectos parciales, subsiguientes a la culminación del procedimiento trazado”; CONDE TEJÓN, A., op. cit. (*Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión global de activo y pasivo)*), p. 71, liga la necesidad del procedimiento a las peculiaridades de la transmisión patrimonial mediante “sucesión universal, al indicar que las modificaciones estructurales “son aquellas operaciones de reestructuración empresarial reguladas específicamente para conceder a las mismas una especial forma de transmisión patrimonial, conocida como sucesión universal, lo que requiere dotarlas de un procedimiento específico en el que se sustituyan las medidas generales de tutela de los intereses afectados por esta operación por medidas específicas que compensen estos especiales efectos permitiendo recuperar un adecuado equilibrio de los intereses en juego”.

⁹⁴⁴ LARGO GIL, R., “Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado”, RdS núm. 9, año V/1997, p. 165, donde precisa: “Esto es, la realización de una operación societaria sin ajustarse al procedimiento legal comporta que no se generen los efectos típicos y excepcionales, diversos algunos, según los casos, que son propios de los cambios estructurales previstos legalmente. En síntesis, no se produciría el objetivo de reorganización empresarial pretendido, como puede ser la integración de las sociedades, en el caso de la fusión”.

⁹⁴⁵ CONDE TEJÓN, A., op. cit. (*Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión global de activo y pasivo)*), pp. 73-74.

⁹⁴⁶ MARTÍ MOYA, V., op. cit. (*Armonización en materia de concentraciones intraeuropeas: la última directiva sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital*), p. 305, indica que “de hecho existe una gran homogeneidad en torno a la configuración procedimental de la figura y su articulación sobre los negocios fundamentales a través de los cuales se posibilita la participación de los órganos sociales”.

⁹⁴⁷ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 367, afirma que “en definitiva, pues, la caracterización de la fusión tiene que desdoblarse en varias fases o requisitos que la Ley establece, cuya naturaleza se verá en

cada momento, y el conjunto de fases y elementos, está relacionado bajo el concepto de “procedimiento”. Aunque hay unidad, es unidad en la complejidad: sólo como procedimiento se puede construir unitariamente la fusión”.

⁹⁴⁸ MARTÍ MOYA, V., op. cit. (*Armonización en materia de concentraciones intraeuropeas: la última directiva sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital*), p. 305, que añade, “así es como quedó reflejada en la Tercera Directiva, no suponiendo su trasposición una brusca ruptura con el sistema español anterior representado, principalmente, por la ley de sociedades Anónimas de 1951”, precisando en torno a la homogeneidad procedimental que “puede observarse, únicamente con carácter general, desde el momento en que el proyecto de fusión, Verschmelzungsvertrag o Entwurf, progetto di fusiones om projet de fusión, es suscrito por los administradores”.

⁹⁴⁹ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 381, alude a que “el hecho de que la fusión pueda finalizar con la creación de una nueva sociedad o en la absorción de todas las participantes por la absorbente, con la simultánea extinción de todas las sociedades participantes, o de todas menos una, no debe llevar sin embargo, a una identificación mimética con los institutos afines de la constitución de una sociedad o con la modificación estatutaria y a la aplicación del régimen que les fuera aplicable (...). El instituto de la fusión tiene su propia autonomía, sin que pueda predicarse su identidad con la figuras afines indicadas”.

⁹⁵⁰ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), pp. 382-383. LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), pp. 68 y 69.

⁹⁵¹ Nos referimos al “poder asimétrico”, o poder como potestas, o “poder sobre”, que es, en consecuencia, un subconcepto del poder “como potentia”, y que se define por LUKES, S., “*El poder. Un enfoque radical*”, Siglo XXI de España Editores, S.A., (1ª reimpresión), Madrid 2014, p. 83, como “la capacidad de tener a otro en el poder de uno; limitando sus posibilidades de acción, con lo que se asegura la obediencia. Ese poder es la capacidad de conseguir una serie determinada de resultados. Entre ellos los comprendidos en el concepto de dominación y de nociones estrechamente relacionadas con él, tales como subordinación, control, conformismo, aquiescencia y docilidad”.

⁹⁵² Sección 11.02 (a) que establece que “one or more domestic business corporations may merge with one or more (...) foreign business corporations (...) pursuant to a plan of merger, or two or more foreign business corporations or domestic or foreign eligible entities may merge into a new domestic business corporation to be created in the merger in the manner provided in this chapter”.

⁹⁵³ Sección 11.02 (b) que establece que “a foreign business corporation, (...), may be a party to a merger with a domestic business corporation, or may be created by the terms of the plan of merger, only if the merger is permitted by the foreign business corporation”.

⁹⁵⁴ Comentario Oficial a la sección 11.04, primer apartado que indica “under section 11.04, a plan of merger (...) must be adopted by the board. Thereafter, the board must submit the plan to the shareholders for their approval, unless the conditions stated in section 11.04(g) or section 11.05 are satisfied (...). A plan of merger must always be approved by the shareholders of a corporation that is merged into another party in a merger, unless the corporation is a subsidiary and the merger falls within section 11.05. However, under section 11.04(g) approval of a plan of merger (...) by the shareholders of a surviving corporation in a merger (...) is not required if the conditions stated in that section, including the fundamental rule of section 6.21(f), are satisfied”.

⁹⁵⁵ Sección 11.06 (a) que indica expresamente que “after a plan of merger (...) has been adopted and approved as required by this Act, articles of merger (...) shall be executed on behalf of each party to the merger or (...) by any officer or other duly authorized representative. The articles shall set forth: (1) the names of the parties to the merger (...); (2) if the articles of incorporation of the survivor of a merger are amended, or if a new corporation is created as a result of a merger (...); (3) if the plan of merger (...) required approval by the shareholders of a domestic corporation that was a party to the merger (...), a statement that the plan was duly approved by the shareholders and, if voting by any separate voting group was required, by each such separate voting group, in the manner required by this Act and the articles of incorporation; (4) if the plan of merger (...) did not require approval by the shareholders of a domestic corporation that was a party to the merger (...), a statement to that effect; and (5) as to each foreign corporation (...) that was a party to the merger (...), a statement that the participation of the foreign corporation (...) was duly authorized as required by the organic law of the corporation”.

⁹⁵⁶ Comentario Oficial a la sección 11.04, apartado 1, segundo párrafo que indica que “A class or series also is entitled to vote as a separate voting group if the class or series would be entitled to vote as a separate group on a provision in the plan that, if contained in an amendment to the articles of incorporation, would require approval by that class or series, voting as a separate voting group, under section 10.04. Under this latter requirement, a class or series will be entitled to vote as a separate voting group if the terms of that class or series are being changed or the shares of that class or series are being converted into shares of any other class or series. Where the surviving entity is a foreign business corporation, it is not intended that immaterial changes in the terms of a class or series that conform to the usage of the laws of the foreign jurisdiction will alone create an entitlement to vote as a separate group”.

⁹⁵⁷ Comentario Oficial a la sección 11.06, primer apartado “the filing of articles of merger (...) makes the transaction a matter of public record”.

⁹⁵⁸ Sección 11.06 (b) que señala que los “articles of merger (...) shall be delivered to the secretary of state for filing by the survivor of the merger (...), and shall take effect on the effective date provided in section 1.23. Articles of merger (...) filed under this section may be combined with any filing required under the organic law of any domestic eligible entity involved in the transaction if the combined filing satisfies the requirements of both this section and the other organic law”.

⁹⁵⁹ Su contenido es el siguiente:(a) Except as provided in subsection (b) and section 1.24(c), a document accepted for filing is effective:

(1) at the date and time of filing , as evidenced by such means as the secretary of state may use for the purpose of recording the date and time of filing; or

(2) At the time specified in the document as its effective time on the date it is filed.

(b) A document may specify a delayed effective time and date, and if it does so the document becomes effective at the time and date specified. If a delayed effective date but no time is specified, the document is effective at the close of business on that date. A delayed effective date for a document may not be later than the 90th day after the date it is filed”.

⁹⁶⁰ Comentario Oficial a la sección 11.02, punto que indica específicamente “a merger of a domestic corporation with a foreign corporation (...) is authorized by chapter 11 only if the merger is permitted by the laws under which the foreign corporation (...) is organized, and in effecting the merger the foreign business corporation or other entity complies with such laws. Whether and on what terms a foreign corporation or a foreign other entity is authorized to merge with a domestic corporation is a matter that is governed by the laws under which that corporation or other entity is organized or by which it is governed, not by chapter 11”.

⁹⁶¹ Por su influencia basta con la cita de la New York Business Corporation Law, que en su sección 907 establece lo siguiente: “a) One or more foreign corporations and one or more domestic corporations may be merged or consolidated into a corporation of this state or of another jurisdiction, if such merger or consolidation is permitted by the laws of the jurisdiction under which each such foreign corporation is incorporated. With respect to such merger or consolidation, any reference in paragraph (b) of section 901 (Power of merger or consolidation) to a corporation shall, unless the context otherwise requires, include both domestic and foreign corporations. (b) With respect to procedure, including the requirement of share- holder authorization, each domestic corporation shall comply with the provisions of this chapter relating to merger or consolidation of domestic corporations, and each foreign corporation shall comply with the applicable provisions of the law of the jurisdiction under which it is incorporated. (c) The procedure for the merger of a subsidiary corporation or corporations under section 905 (Merger of parent and subsidiary corporations) shall be available where either a subsidiary corporation or the corporation owning at least ninety percent of the outstanding shares of each class of a subsidiary is a foreign corporation, and such merger is permitted by the laws of the jurisdiction under which such foreign corporation is incorporated. (d) If the surviving or consolidated corporation is, or is to be, a domestic corporation, a certificate of merger or consolidation shall be signed and delivered to the department of state as provided in section 904 (Certificate of merger or consolidation; contents) or 905 (Merger of parent and subsidiary corporations), as the case may be. In addition to the matters specified in such sections, the certificate shall set forth as to each constituent foreign corporation the jurisdiction and date of its incorporation and the date when its application for authority to do business in this state was filed by the department of state, and its fictitious name used in this state pursuant to article thirteen of this chapter, if applicable, or, if no such application has been filed, a statement to such effect. (e) If the surviving or consolidated corporation is, or is to be, formed under the law of any jurisdiction other than this state: (1) It shall comply with the provisions of this chapter relating to foreign corporations if it is to do business in this state. (2) It shall deliver to the department of state a certificate”.

⁹⁶² Según su sección o párrafo 251:“(b) The board of directors of each corporation which desires to merge or consolidate shall adopt a resolution approving an agreement of merger or consolidation and declaring its advisability”, y “(c) The agreement required by subsection (b) of this section shall be submitted to the stockholders of each constituent corporation at an annual or special meeting for the purpose of acting on the agreement”.

⁹⁶³ Section 252 “Merger or consolidation of domestic and foreign corporations; service of process upon surviving or resulting corporation”.

⁹⁶⁴ Sección 252 (a) in fine “in addition, any 1 or more corporations existing under the laws of this State may merge or consolidate with 1 or more corporations organized under the laws of any jurisdiction other than 1 of the United States if the laws under which the other corporation or corporations are organized permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction”.

⁹⁶⁵ Sección 252 (b) “all the constituent corporations shall enter into an agreement of merger or consolidation”.

⁹⁶⁶ Sección 252 (b) que indica específicamente “the agreement shall state: (1) The terms and conditions of the merger or consolidation; (2) the mode of carrying the same into effect; (3) the manner, if any, of converting the shares of each of the constituent corporations into shares or other securities of the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation, or of cancelling some or all of such shares, and, if any shares of any of the constituent corporations are not to remain outstanding, to be converted solely into shares or other securities of the surviving or resulting corporation or to be cancelled, the cash, property, rights or securities of any other corporation or entity which the holders of such shares are to receive in exchange for, or upon conversion of, such shares and the surrender of any certificates evidencing them, which cash, property, rights or securities of any other corporation or entity may be in addition to or in lieu of the shares or other securities of the surviving or resulting corporation”.

⁹⁶⁷ Que se titula, expresivamente, “Execution, Acknowledgment, Filing, Recording and Effective Date of Original Certificate of Incorporation and Other Instruments; Exceptions”.

⁹⁶⁸ Sección 252 (c) que señala específicamente que “the agreement shall be adopted, approved, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed”.

⁹⁶⁹ La Sección 252 (b) indica específicamente que “(4) such other details or provisions as are deemed desirable, including, without limiting the generality of the foregoing, a provision for the payment of cash in lieu of the issuance or recognition of fractional shares of the surviving or resulting corporation or of any other corporation the securities of which are to be received in the merger or consolidation, or for some other arrangement with respect thereto consistent with § 155 of this title; and (5) such other provisions or facts as shall be required to be set forth in certificates of incorporation by the laws of the state which are stated in the agreement to be the laws that shall govern the surviving or resulting corporation and that can be stated in the case of a merger or consolidation. Any of the terms of the agreement of merger or consolidation may be made dependent upon facts ascertainable outside of such agreement, provided that the manner in which such facts shall operate upon the terms of the agreement is clearly and expressly set forth in the agreement of merger or consolidation”.

⁹⁷⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 69;

⁹⁷¹ Por más que la concesión de personalidad a las sociedades sea “un fenómeno relativamente reciente. La “societas” romana no dispuso nunca de personalidad jurídica. Es más el concepto mismo de persona jurídica es extraño al Derecho romano (...). Hay que avanzar mucho más para tropezar con la sociedad persona jurídica. En el orden legislativo, fue el código de Napoleón el primero en reconocer personalidad jurídica a las sociedades (...). En España y durante la época codificado, se generalizó el concepto de persona jurídica que no se limita solamente a las sociedades”, afirma DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “*Sociedad y Personalidad Jurídica*”, Anales núm. 33, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2003, pp. 270-271.

⁹⁷² IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., op. cit. (*Lección 25. Las Modificaciones estructurales de las Sociedades*), pp. 572 y 580.

⁹⁷³ “Los derechos que perciben los notarios funcionarios por una operación comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 69/335 constituyen un impuesto en el sentido de ésta cuando dichos derechos se abonan, aunque sólo sea en parte, a la autoridad pública que emplea a los notarios funcionarios y se utilizan para financiar tareas que incumben a dicha autoridad”, indican el ATJUE de 21 de marzo de 2002, asunto C-

264/00, Gründerzentrum, y las SSTJUE de 30 de junio de 2005, asunto C-165/03, Längst, y de 20 de junio de 2007, asunto C-66/03, Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft, y de 3 de julio de 2014, asunto C-524/13, Eycke Braun.

⁹⁷⁴ ANSÓN PEIRONCELY, R., “Fusión Transfronteriza Intracomunitaria”, en Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Tirant lo blanch, p. 199.

⁹⁷⁵ Ley 3/2009, “Artículo 46. Inscripción de la fusión. 1. La eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente. 2. Una vez inscrita la fusión se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas”.

⁹⁷⁶ La Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, establece lo siguiente: “Artículo 2. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que la publicidad obligatoria relativa a las sociedades contempladas en el artículo 1 se refiera al menos a los actos e indicaciones siguientes: a) la escritura de constitución y los estatutos, si fueran objeto de un acto separado; b) las modificaciones de los actos mencionados en la letra a), comprendida la prórroga de la sociedad; c) después de cada modificación de la escritura de constitución o de los estatutos, el texto íntegro del acto modificado, en su redacción actualizada; (...); h) la disolución de la sociedad; “Artículo 3. 1. En cada Estado miembro se abrirá un expediente, en un registro central o bien en un registro mercantil o registro de sociedades, por cada una de las sociedades inscritas. Los Estados miembros velarán por que se asigne a las sociedades un código identificativo único que permita identificarlas inequívocamente en las comunicaciones entre registros a través del sistema de interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades, establecido con arreglo al artículo 4 bis, apartado 2 (“el sistema de interconexión de registros”). Dicho código identificativo único incluirá, al menos, los elementos que permitan la identificación del Estado miembro del registro, el registro nacional de origen, el número de la sociedad en ese registro 3. Todos los actos y todas las indicaciones que se sometan a la publicidad en virtud del artículo 2 se incluirán en el expediente o se transcribirán en el registro; el objeto de las transcripciones al registro deberá aparecer en todo caso en el expediente”.

⁹⁷⁷ La Directiva 2005/56/CE, establece:” Artículo 13. La legislación de cada uno de los Estados miembros a la que estaban sujetas las sociedades objeto de la fusión determinará, por lo que se refiere al territorio de ese Estado, las formas de publicidad de la realización de la fusión transfronteriza, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (1), en el registro público en el que cada una de estas sociedades esté obligada a presentar los documentos. El registro en el que se inscriba la sociedad resultante de la fusión transfronteriza notificará sin demora, a través del sistema de interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades establecido con arreglo al artículo 4 bis, apartado 2, de la Directiva 2009/101/CE, al registro en el que cada una de las sociedades estuviera obligada a presentar los documentos, que se ha realizado la fusión transfronteriza. La baja en el registro anterior, si procede, se producirá al recibo de dicha notificación, y en ningún caso con anterioridad a la misma”.

⁹⁷⁸ Así GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 229, sobre la disponibilidad por la sociedad absorbente o de nueva creación de los bienes y derechos de crédito de la sociedad absorbida, mostrando su discrepancia con la doctrina de la DGRN.

⁹⁷⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La fase de ejecución (*Escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación*”, en Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, t. I, Thomson Reuters-Aranzadi, S. A., Cizur Menos (Navarra), 2009 p. 661, que añade, “recomienda esta solución el principio de seguridad jurídica proclamado en la misma Constitución en su art. 9.3. Es también el de la inscripción constitutiva una solución común a las modificaciones estructurales”; El mismo autor, en “*Publicidad material y fe pública en el Registro Mercantil. Tercero mercantil-registral y tercero hipotecario*”, Marciasl Pjs., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 21013, precisa en p. 36 que el “canon de la eficacia registral de la publicidad material se cifra (...), en el llamado “carácter declarativo de la inscripción”. En particular, estamos ante una forma de valer lo inscribible frente a terceros (eficacia erga omnes) y ante lo recíproco: una protección abstracta de la seguridad del tráfico y de la confianza del tercero que de buena fe, consulte o no ese tercero el Registro, en el carácter completo y exacto de la hoja registral”, en p. 44, que “la (excepcional) eficacia constitutiva de cierto tipo de inscripciones constituye una excepción a la regla general de la eficacia de mera oponibilidad”, y en p. 45, que “por mucho que la inscripción de una fusión en el Registro Mercantil sea constitutiva y hasta parcialmente sanatoria, los acuerdos válidamente celebrados por todas las sociedades participantes obligan a sus socios y a sus

administradores a estar a lo pactado de suerte que, por ejemplo, la decisión de fusionarse (...), no puede ser revocada unilateralmente por alguna sociedad partícipe, ni siquiera cuando faltare la escritura”.

⁹⁸⁰ “El último paso de la fusión es el de la inscripción registral, que es el que determina la plena eficacia de la misma. El RRM establece un mecanismo ordinario para el caso en que las sociedades involucradas figuren inscritas en diversos registros (art. 231 RRM) (...). Una vez inscrita la fusión se deben cancelar los asientos de las sociedades extinguidas (art. 233 RRM) (...). La inscripción de la fusión se considera pero la doctrina como constitutiva. Está claro que la plenitud de efectos y su oponibilidad frente a todos no se produce sino desde la inscripción, sin perjuicio de los efectos propios de la publicación en el BORME. Como ha dicho el profesor ANGÉL ROJO, más que de inscripción constitutiva, se debe entender que su eficacia es propia de lo que la doctrina italiana denomina eficacia completativa. No es que antes no tenga existencia la fusión, o que no produzca ningún efecto, sino que la totalidad de sus efectos y en particular el especialísimo efecto de la sucesión universal no se produce hasta la inscripción. Pero creemos que es erróneo entender que hasta que no inscriba las sociedades extinguidas subsisten y han de actuar a través de sus antiguos órganos a través de su normativa anterior. Una cosa es que su actuación sea oponible o no a terceros y otra muy distinta es que se pueda pretender que, una vez otorgada la escritura de fusión, sigan actuando los órganos de las sociedades extinguidas. Entendemos que, una vez realizada la fusión y otorgada la escritura pública se aplicará todo lo referente a la relación entre socios y sociedad el régimen resultante de la fusión”, afirman GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 221-222.

⁹⁸¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., op. cit. (*Derecho de los Negocios Internacionales*), p. 242, precisan que en la operación de fusión “el Registro Mercantil adopta un papel protagonista centralizando, por un lado, el control de legalidad en la adopción del acuerdo de fusión en cada una de las sociedades intervinientes y, por otro lado, la culminación del proceso de fusión (...), mediante la inscripción de los cambios estructurales”.

⁹⁸² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*La fase de ejecución (Escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación)*), p. 661, que en pp. 661-662, añade: “Por ende y a contrario: la falta de inscripción en el Mercantil de una fusión no afecta a la validez del contrato causal que reúna los requisitos materiales de consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC). Ni que decir tiene que tampoco (...) la forma pública sea un requisito del contrato de fusión (no se trata de una forma ad solemnitatem). Dicho en forma negativa, la fusión no se inscribe en el Registro a los solos efectos -normales y paradigmáticos- de “oponibilidad” a terceros de la situación jurídica resultante de dicha modificación estructural, ex art. 21 CCom (...). En todas las inscripciones constitutivas (...), la oponibilidad de lo inscrito (e inoponibilidad de lo no inscrito) es absoluta, por cuanto la inscripción registral funciona como medio exclusivo de prueba de la situación creada con la fusión y frente a todo tipo de terceros (de buena o mala fe, conozcan o no la realidad extrarregistral).

⁹⁸³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*La fase de ejecución (Escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación)*), p. 663, que añade lo siguiente: “Esto no es óbice para que “otros efectos” -distintos de los propios o específicos de la fusión- la fecha relevante pueda ser anterior o posterior a la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil y sin perjuicio, claro es, de que el despliegue de tales efectos, anticipados o postergados a la inscripción, presuma siempre que dicha inscripción ha tenido lugar”.

⁹⁸⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*La fase de ejecución (Escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación)*), los desarrolla en pp. 665-666.

⁹⁸⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*La fase de ejecución (Escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación)*), p. 66, que precisa: “Así cualquier interesado puede reclamar incluso judicialmente la formalización de la fusión. Y, en fin, aunque las sociedades llamadas a extinguirse pervivan mientras la fusión no se inscriba, no se podrán adoptar por las mismas acuerdos contrarios a la fusión ni, por supuesto, tampoco se podrán revocar unilateralmente los acuerdos válidamente adoptados, ni siquiera faltando la escrituración pública”.

⁹⁸⁶ Precisa GUERRA MARTÍN, G., op. cit. (*El gobierno de las sociedades cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*), p. 49, que “durante toda la segunda mitad del siglo XIX, tuvo lugar en todos los estados (de la Federación) un movimiento liberalizador de la sociedad anónima tanto en lo que se refiere a su constitución, como al objeto y estructura de las mismas. Así frente al procedimiento seguido en el sistema de constitución mediante decreto por el parlamento, en la que éste ejercía una función de supervisión y control en la elaboración del documento constitutivo, a partir de la promulgación de las leyes de sociedades anónimas (en los distintos Estados de la Federación) serán los funcionarios de la oficina del Secretario de estado los que asuman esa función, limitándola a un control meramente formal y no de fondo”; Establece el California Corporations Code, section 1108: c) If the surviving corporation is a domestic corporation, the agreement and the officers' certificate of each domestic or foreign constituent corporation shall be filed as

provided in Section 1103, or the certificate of ownership shall be filed as provided in Section 1110, and thereupon, subject to subdivision (c) of Section 110, the merger shall be effective as to each domestic constituent corporation; and each foreign disappearing corporation that is qualified for the transaction of intrastate business shall by virtue of the filing, subject to subdivision (c) of Section 110, automatically surrender its right to transact intrastate business; (d) If the surviving corporation is a foreign corporation, the merger shall become effective in accordance with the law of the jurisdiction in which it is organized, but, except as provided in subdivision (e), the merger shall be effective as to any domestic disappearing corporation as of the time of effectiveness in the foreign jurisdiction upon the filing in this state as required by this subdivision. There shall be filed as to the domestic disappearing corporation or corporations the documents described in any one of the following paragraphs”.

⁹⁸⁷ Esta Sección de la Delaware GCL señala específicamente que “(c) The agreement shall be adopted, approved, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed (...) In lieu of filing the agreement of merger or consolidation, the surviving or resulting corporation may file a certificate of merger or consolidation, executed in accordance with § 103 of this title, which states”, que indica de seguido, como son: “(1) The name and state or jurisdiction of incorporation of each of the constituent corporations; (2) That an agreement of merger or consolidation has been approved, adopted, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with this subsection; (3) The name of the surviving or resulting corporation; (4) In the case of a merger, such amendments or changes in the certificate of incorporation of the surviving corporation as are desired to be effected by the merger, or, if no such amendments or changes are desired, a statement that the certificate of incorporation of the surviving corporation shall be its certificate of incorporation; (5) In the case of a consolidation, that the certificate of incorporation of the resulting corporation shall be as is set forth in an attachment to the certificate; (6) That the executed agreement of consolidation or merger is on file at an office of the surviving corporation and the address thereof; (7) That a copy of the agreement of consolidation or merger will be furnished by the surviving corporation, on request and without cost, to any stockholder of any constituent corporation; (8) If the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation is to be a corporation of this State, the authorized capital stock of each constituent corporation which is not a corporation of this State; and (9) The agreement, if any, required by subsection (d) of this section”.

⁹⁸⁸ Así indica la Sección 103 de la Delaware GCL que “whenever any instrument is to be filed with the Secretary of State or in accordance with this section or chapter, such instrument shall be executed as follows”.

⁹⁸⁹ Dicha Sección 252(a) de la Delaware GCL señala expresamente que “(a) Any 1 or more corporations of this State may merge or consolidate with 1 or more other corporations of any other state or states of the United States, or of the District of Columbia if the laws of the other state or states, or of the District permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction. The constituent corporations may merge into a single corporation, which may be any 1 of the constituent corporations, or they may consolidate into a new corporation formed by the consolidation, which may be a corporation of the state of incorporation of any 1 of the constituent corporations, pursuant to an agreement of merger or consolidation, as the case may be, complying and approved in accordance with this section. In addition, any 1 or more corporations existing under the laws of this State may merge or consolidate with 1 or more corporations organized under the laws of any jurisdiction other than 1 of the United States if the laws under which the other corporation or corporations are organized permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction”.

⁹⁹⁰ Establece la Model Business Corporation Act: § 1.23 Effective Time and Date of Document (a) Except as provided in subsection (b) and section 1.24(c), document accepted for filing is effective: (1) at the date and time of filing, as evidenced by such means as the secretary of state may use for the purpose of recording the date and time of filing; or (2) at the time specified in the document as its effective time on the date it is filed. (b) A document may specify a delayed effective time and date, and if it does so the document becomes effective at the time and date specified. If a delayed effective date but no time is specified, the document is effective at the close of business on that date. A delayed effective date for a document may not be later than the 90th day after the date it is filed; §1.28 Certificate of Existence (a) Anyone may apply to the secretary of state to furnish a certificate of existence for a domestic corporation or a certificate of authorization for a foreign corporation.; §1.40: (4) “Corporation,” “domestic corporation” or “domestic business corporation” means a corporation for profit, which is not a foreign corporation, incorporated under or subject to the provisions of this Act. (10) “Foreign corporation” means a corporation incorporated under a law other than the law of this state; which would be a business corporation if incorporated under the laws of this state; § 2.01 Incorporators One or more persons may act as the incorporator or incorporators of a corporation by delivering articles of incorporation to the secretary of state for filing; § 2.03 Incorporation. (a) Unless a delayed effective date is specified, the corporate existence begins when the articles of incorporation are filed.

(b) The secretary of state's filing of the articles of incorporation is conclusive proof that the incorporators satisfied all conditions precedent to incorporation except in a proceeding by the state to cancel or revoke the incorporation or involuntarily dissolve the corporation; § 2.04 Liability for Preincorporation Transactions All persons purporting to act as or on behalf of a corporation, knowing there was no incorporation under this Act, are jointly and severally liable for all liabilities created while so acting; Indica el Comentario Oficial a la sección 2.04 lo siguiente: Earlier versions of the Model Act, and the statutes of many states, have long provided that corporate existence begins only with the acceptance of articles of incorporation by the secretary of state. Many states also have statutes that provide expressly that those who prematurely act as or on behalf of a corporation are personally liable on all transactions entered into or liabilities incurred before incorporation. A review of recent case law indicates, however, that even in states with such statutes courts have continued to rely on common law concepts of de facto corporations, de jure corporations, and corporations by estoppel that provide uncertain protection against liability for preincorporation transactions. These cases caused a review of the underlying policies represented in earlier versions of the Model Act and the adoption of a slightly more flexible or relaxed standard. Incorporation under modern statutes is so simple and inexpensive that a strong argument may be made that nothing short of filing articles of incorporation should create the privilege of limited liability. A number of situations have arisen, however, in which the protection of limited liability arguably should be recognized even though the simple incorporation process established by modern statutes has not been completed. (1) The strongest factual pattern for immunizing participants from personal liability occurs in cases in which the participant honestly and reasonably but erroneously believed the articles had been filed. In *Cranson v. International Business Machines Corp.*, 234 Md. 477, 200 A.2d 33 (1964), for example, the defendant had been shown executed articles of incorporation some months earlier before he invested in the corporation and became an officer and director. He was also told by the corporation's attorney that the articles had been filed, but in fact they had not been filed because of a mix-up in the attorney's office. The defendant was held not liable on the "corporate" obligation. (2) Another class of cases, which is less compelling but in which the participants sometimes have escaped personal liability, involves the defendant who mails in articles of incorporation and then enters into a transaction in the corporate name; the letter is either delayed or the secretary of state's office refuses to file the articles after receiving them or returns them for correction. E.g., *Cantor v. Sunshine Greenery, Inc.*, 165 N.J. Super. 411, 398 A.2d 571 (1979). Many state filing agencies adopt the practice of treating the date of receipt as the date of issuance of the certificate even though delays and the review process may result in the certificate being backdated. The finding of non-liability in cases of this second type can be considered an extension of this principle by treating the date of original mailing or original filing (3) A third class of cases in which the participants sometimes have escaped personal liability involves situations where the third person has urged immediate execution of the contract in the corporate name even though he knows that the other party has not taken any steps toward incorporating. E.g., *Quaker Hill v. Parr*, 148 Colo. 45, 364 P.2d 1056 (1961). (4) In another class of cases the defendant has represented that a corporation exists and entered into a contract in the corporate name when he knows that no corporation has been formed, either because no attempt has been made to file articles of incorporation or because he has already received rejected articles of incorporation from the filing agency. In these cases, the third person has dealt solely with the "corporation" and has not relied on the personal assets of the defendant. The imposition of personal liability in this class of cases, it has sometimes been argued, gives the plaintiff more than he originally bargained for. On the other hand, to recognize limited liability in this situation threatens to undermine the incorporation process, since one then may obtain limited liability by consistently conducting business in the corporate name. Most courts have imposed personal liability in this situation. E.g., *Robertson v. Levy*, 197 A.2d 443 (D.C.App.1964). as the date of incorporation. (5) A final class of cases involves inactive investors who provide funds to a promoter with the instruction, "Don't start doing business until you incorporate." After the promoter does start business without incorporating, attempts have been made, sometimes unsuccessfully, to hold the investors liable as partners. E.g., *Frontier Refining Co. v. Kunkels, Inc.*, 407 P.2d 880 (Wyo.1965). One case held that the language of section 146 of the 1969 Model Act ["persons who assume to act as a corporation are liable for preincorporation transactions"] creates a distinction between active and inactive participants, makes only the former liable as partners, and therefore relieves the latter of personal liability. Nevertheless, "active" participation was defined to include all investors who actively participate in the policy and operational decisions of the organization and is, therefore, a larger group than merely the persons who incurred the obligation in question on behalf of the "corporation." *Timberline Equipment Co. v. Davenport*, 267 Or. 64, 72-76, 514 P.2d 1109, 1113-14 (1973). After a review of these situations, it seemed appropriate to impose liability only on persons who act as or on behalf of corporations "knowing" that no corporation exists. Analogous protection has long been accorded under the uniform limited partnership acts to limited partners who contribute capital to a partnership in the erroneous belief that a limited partnership certificate has been filed. Uniform Limited Partnership Act § 12 (1916); Revised Uniform Limited Partnership Act § 3.04 (1976). Persons protected under § 3.04 of the latter are persons who "erroneously but in good faith"

believe that a limited partnership certificate has been filed. The language of section 2.04 has essentially the same meaning. While no special provision is made in section 2.04, the section does not foreclose the possibility that persons who urge defendants to execute contracts in the corporate name knowing that no steps to incorporate have been taken may be estopped to impose personal liability on individual defendants. This estoppel may be based on the inequity perceived when persons, unwilling or reluctant to enter into a commitment under their own name, are persuaded to use the name of a nonexistent corporation, and then are sought to be held personally liable under section 2.04 by the party advocating that form of execution. By contrast, persons who knowingly participate in a business under a corporate name are jointly and severally liable on "corporate" obligations under section 2.04 and may not argue that plaintiffs are "estopped" from holding them personally liable because all transactions were conducted on a corporate basis".

⁹⁹¹ Artículos 2 y 3 de Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, modificada por la Directiva 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2012, por la que se modifican la Directiva 89/666/CEE del Consejo y las Directivas 2005/56/CE y 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades. Texto pertinente a efectos del EE; El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 20, "escritura pública e inscripción registral", establece que "La constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil", en su artículo 21, "Otorgamiento de la escritura de constitución", que "La escritura de constitución de las sociedades de capital deberá ser otorgada por todos los socios fundadores, sean personas físicas o jurídicas, por sí o por medio de representante, quienes habrán de asumir la totalidad de las participaciones sociales o suscribir la totalidad de las acciones", y en su artículo 33, "Efectos de la inscripción", que "Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido"; La transcendencia de la personalidad jurídica societaria en este apartado, aconsejan la reproducción parcial de la RDGRN de 25 de junio de 2012 (BOE del 19 de septiembre de 2012), pues la importancia de la inscripción en el Registro Mercantil para la adquisición por las sociedades de personalidad jurídica, ha incrementado exponencialmente a partir de ella., la cual, en su Fundamento de Derecho 5, indica lo siguiente: "Es cierto que este Centro Directivo no ha mantenido una doctrina uniforme sobre los requisitos que deben exigirse para reconocer personalidad jurídica a la sociedad civil. Pero cualesquiera que sean las razones dogmáticas, y prácticas, sobre todo fiscales, que puedan hacerse valer aquí para extremar el rigor en este punto (acordes por lo demás con la realidad social en la que estamos), es sobre todo cierto que, del estudio de los antecedentes, revisado recientemente con notabilísimo rigor, resulta hoy claramente que fue voluntad del legislador -que debe tener valor preferente para el intérprete- que sólo tuviesen "personalidad jurídica las sociedades civiles que cumpliesen un plus de requisitos y que son los mismos que se exigen en el Código de comercio para que las sociedades mercantiles tengan personalidad jurídica". Había partido, en efecto, el anteproyecto del Código Civil de las ideas del anteproyecto Laurent que siguió el sistema de otorgamiento para conceder la "personalidad jurídica a las asociaciones de personas, formen o no sociedades civiles" (cfr. artículos 1943 y 1949.2). Ya sin embargo el Código de Comercio de 1829 siguió el principio de libre constitución y, derogó el régimen concesional para las sociedades mercantiles -salvo la anónima- y se conformó con escritura notarial e inscripción registral (sistema normativo). En cualquier caso, la nueva comisión dictaminadora de la ley de bases del Código Civil introdujo un inciso en la base segunda ordenando que Gobierno y Comisión de Códigos regulasen en el futuro código el "reconocimiento y condiciones de existencia de las personas jurídicas" ajustándose a los "preceptos constitucionales y legales hoy (entonces) vigentes" (lo que obligó a revisar la fórmula acogida en el anteproyecto). Preceptos que no eran otros que los recogidos en la Ley 11-19 de octubre de 1869, el Código de Comercio de 1885 y el texto que había de ser la Ley de Asociaciones de 1887; y que La ley de Bases obligaba a respetar al Código (que no debía tener "otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes"). Preceptos, en fin, que según refrendaba la doctrina de entonces, seguían el "sistema normativo" que imponía escritura pública e inscripción; y que, según esa misma doctrina, ante la insuficiencia de las normas civiles, obligaban a aplicar a las sociedades civiles las que regían para las mercantiles. El artículo 1669 ya anticipó, en efecto, cumpliendo escrupulosamente con el mandato de la Ley de Bases, que carecían de personalidad las sociedades civiles cuyos pactos no tengan la publicidad adecuada para que sus pactos dejaran de ser secretos o reservados; y por tanto, a contrario, que solo gozaban de personalidad las que cumplían con esa publicidad. Antes del Código se entendía por la doctrina que publicidad legalmente adecuada era la prevenida en la Ley citada de 1869. Pero derogada ésta con la entrada en vigor de aquél, no prevé el Código otra publicidad oficial que la que puedan obtener si revisten una de las formas prevenidas en el Código de Comercio (artículo 1670), por lo que adecuada publicidad para que los pactos de las sociedades civiles dejen de considerarse secretos y adquieran personalidad jurídica, que es "una cualidad oficial y "erga omnes"", es solo la misma publicidad "oficial y "erga omnes" que se exige para las sociedades mercantiles". En resumen, en el artículo 1669 se

determinaron las consecuencias que, para las sociedades civiles que no tengan personalidad jurídica, comportaba el hecho de no tenerla, tanto respecto a la titularidad de sus bienes como a la de la gestión de la contratación; en cambio, en el artículo 1670, se definieron cuando la tenían, aunque no se expresasen las consecuencias de tenerla porque esas ya resultaban del artículo 38.1 (que es aplicable a todas las personas jurídicas). Doctrina que fue acogida ya en la Resolución de 31 de marzo de 1997, cuando estableció que las sociedades civiles cuyos pactos se mantienen secretos entre los socios (y por tanto carecen de personalidad) son precisamente las que no se inscriben en el registro mercantil; conclusión que corresponde reafirmar por las razones ahora expuestas y las en aquella resolución recogidas”; Esa RDRN ha sido severamente criticada destacándose, incluso por la prensa diaria (así en *El Economista*, del Martes 9 de octubre de 2012, p. 30), por su carácter contrario a la posición de la jurisprudencia, que resume en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de Marzo de 2012, en Fundamento de Derecho segundo, en los siguientes términos: “1. Naturaleza de la sociedad en el momento de su constitución en 1869 (...). 20. Inexistente un concepto de contrato de sociedad diferenciado en los ámbitos mercantil y civil, históricamente la naturaleza de los “contratos de sociedad” y su sumisión a las reglas del derecho común o al de clase, aparecía vinculada a su celebración por mercaderes, sometidos al estatuto del comerciante, para el tráfico en sociedad -en este sentido las Ordenanzas de Bilbao de 1737, después de definir la compañía “en términos de Comercio” como contrato o convenio que se hace “a hacer y proseguir juntamente varios negocios, por cuenta, y riesgo común, y de cada uno de los compañeros respectivamente”, parte de tal requisito subjetivo y en el Capítulo X de apartado II dispone que “(e)n cualesquiera géneros de Compañías deberán proceder de buena fe los Comerciantes en la parte que obligaren a los demás compañeros...” ; en el IV que “(p)rimeraamente, los Comerciantes que actualmente están en Compañía...”; y en el VI “(t)odos los Comerciantes, que formaren compañía...” .21. Esta regla experimenta un giro con el Código de Sainz de Andino que, tras reputar en derecho comerciantes a “los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se han inscrito en la matrícula de comerciantes y tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado político”, trata de proyectar sobre la naturaleza de la compañía la de la actividad que desarrolla, vinculando su carácter mercantil no a la condición de los sujetos asociados, sino al desarrollo por la misma de “operaciones de comercio” - el art. 264 dispone que “(el) Contrato de compañía (...) es aplicable a toda especie de operaciones de comercio...” -, lo que en las sociedades por acciones, históricamente anómalas, permitía a nobles, militares y, especialmente, clérigos, a quienes estaba prohibido el comercio, desarrollar actividad comercial desde el anonimato, al disponer el art. 276 que “(l)as compañías anónimas no tienen razón social, ni se designan por los nombres de sus socios, sino por el objeto u objetos para que se hubiesen formado”. 22. La libertad de constitución de sociedades por acciones de carácter mercantil proclamada por el Código de 1829 -bien que sujeta a control de legalidad-, fue severamente restringida por la Ley de 28 de enero de 1848 que la limitó al disponer en el art. 1 que “(no) se podrá constituir ninguna compañía mercantil, cuyo capital en todo o en parte se divida en acciones, sino en virtud de una ley o de un Real decreto...” .23. Este régimen, que se mantuvo hasta la Ley de 19 de octubre de 1869 -que en el art. 1 dispuso que “desde la publicación de la presente ley se declara libre la creación de Bancos territoriales (...) y demás asociaciones que tengan por objeto cualquier empresa industrial o de comercio...” , y en el segundo párrafo del art. 2 que “(l)as Sociedades que legamente no tengan el carácter de mercantiles...podrán adoptar la forma que los asociados crean conveniente establecer en la escritura fundamental”- , era el vigente el 20 de junio de 1869, fecha de constitución de la Sociedad (...). 24. En consecuencia, cabe concluir que la sociedad (...), cuyo objeto no era la realización de “operaciones de comercio”, en el momento de su constitución, en contra de lo sostenido por la demandada y recurrida, nació como sociedad civil por acciones. (...). 25. La naturaleza civil de las sociedades por acciones no experimentó alteración alguna bajo el régimen de los códigos de Comercio de 1885 y Civil de 1889 ya que, pese a la aparente contradicción entre art. 116 del primero -“(e)l contrato de compañía (...) será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código”, y el 1670 del segundo- “(l)as sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el CCom”-, el art. 1 del CCom establece que “(s)on comerciantes para los efectos de este Código : (...) 2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código”, y tanto la doctrina como la jurisprudencia admitieron junto a las sociedades subjetivamente comerciantes, las “civiles con forma mercantil” -aunque no existió unanimidad sobre los criterios a seguir para calificarlas, ya que mientras algunos autores mantenían que dependía del objeto, otros la vinculaban a la “forma” (entendida como el “tipo” social” o estructura interna colectiva, comanditaria o anónima)-; y hay quienes sostenían que lo relevante era el cumplimiento de las “formalidades mercantiles” (escritura e inscripción). 26. En todo caso, al tratarse de una sociedad externa dirigida a intervenir como tal en el tráfico económico, la sociedad (...) bajo el régimen del CCom de 1885 y del CC de 1889 era una sociedad subjetivamente civil por acciones. (...). 27. La ruptura por el art. 1670 del CC de la correlación entre naturaleza de “civil” del objeto con el régimen “mercantil” aplicable a la regulación interna de la sociedad, dando lugar a las “sociedades objetivamente mercantiles”, no trascendió al régimen de la sociedad(...), objetiva y subjetivamente civil a la entrada en vigor del mismo, a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del mismo Código “(l)os actos y

contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas”. (...). 28. El régimen descrito cambia con la LSA de 1951 que, en línea con otros ordenamientos trató de asimilar “comerciante” a “empresario” y asignó carácter mercantil a las sociedad por acciones prescindiendo del objeto -entendido como actividad desarrollada- y, después de identificarlas en el art. 1, centrándose en la estructura interna del capital -(e)n la sociedad anónima el capital que “estará dividido en acciones se integrará por las aportaciones de los socios quienes no responderán personalmente de las deudas sociales”-, califica las mismas como mercantiles, dando lugar a los llamados “comerciantes por razón de la forma”, al disponer en el primer párrafo del art. 3 que “(l)a sociedad anónima, cualquiera que sea su objeto, tendrá carácter mercantil; y en cuanto no se rija por disposición que le sea específicamente aplicable, quedará sometida a los preceptos de esta Ley”, lo que se mantuvo en el art. 3 del TRLSA de 1989, y se mantiene en el art. 2 del TRLSC, a cuyo tenor “las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil”. 29. La finalidad declarada en la Exposición de Motivos de “someter a su ámbito todas las sociedades anónimas existentes en la fecha de su promulgación”, ya que “(r)espeta íntegramente el derecho voluntario encarnado en los estatutos de las sociedades anónimas, limitando la aplicación de la Ley a las sociedades de nueva creación, sería tanto como suspender indefinidamente la entrada en vigor del nuevo sistema”, fue determinante de que la disposición transitoria segunda de la Ley de 1951 dispusiese que “(l)as Sociedades civiles, por su objeto constituidas en forma de Sociedad anónima, que en el plazo de tres meses siguientes a la fecha de publicación de la presente Ley no hubieren cambiado de forma, se considerarán Sociedades mercantiles anónimas sometidas a la presente Ley”. 30. La aplicación al presente caso de las reglas expuestas es determinante de que la segunda de las conclusiones es que la sociedad (...) tiene la consideración de mercantil a partir del 18 de octubre de 1951. 31. Es cierto que el 7 de febrero de 1954 la sociedad (...) pese a la previsión contenida en la ley de 1951 y pese a mantener la estructura interna de su capital -acciones transmisibles por endoso- los estatutos establecían que se trata de una “sociedad civil de participaciones condóminos del edificio”, y que esta pretendida naturaleza civil se reiteró en la escritura de 18 de diciembre de 2000, pero, como afirma la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 15 de febrero de 1985, “para eludir la aplicación de las reglas mercantiles de las sociedades es insuficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico”, y esto es lo que ocurre con el precepto que asigna naturaleza mercantil a las sociedades por acciones. (...). 32. La necesidad de dotar de seguridad al tráfico mercantil fue determinante de la exigencia de publicidad de las sociedades mercantiles -las Ordenanzas de Bilbao disponían, en el Capítulo X ordenanza V, que “(t)odas las personas que actualmente está en Compañía, y en adelante la formaren en esta Villa, serán obligadas a poner en manos del Prior, y Consules de esta Universidad, y Casa de Contratación, un testimonio en relación de las Escrituras, que a cerca de ella otorgaren...”. 33. Tal exigencia se mantuvo en el Código de Sainz de Andino que exigió la inscripción en la sección segunda del registro público y general de comercio provincial (d)e las escrituras en que se contrae sociedad mercantil, cualquiera que sea su objeto y denominación”. 34. También el art. 3 de la Ley de 19 de octubre de 1869 exigía a los “Gerentes, Administradores o Directores” de las compañías, además de la presentación de copia autorizada al Gobernador de la provincia para su remisión al Ministerio de Fomento y la publicación en la Gaceta de Madrid y Boletín Oficial de la Provincia respectiva “el testimonio (...) para la inscripción en el registro público, conforme al art. 22”. 35. Igualmente el art. 119 CCom vigente exige la inscripción cuando se trata de compañías de comercio –“Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos, y condiciones, en escritura pública, que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil...”. 36. Tratándose de sociedades anónimas el primer párrafo del art. 6 de la Ley de 1951 dispuso que “(l) La sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Desde este momento la sociedad tendrá personalidad jurídica”, lo que sustancialmente se reprodujo en el apartado 1 del art. 7 del texto refundido de 1989 y hoy en el art. 20 de la Ley de Sociedades de Capital, a cuyo tenor “(l) La constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil”. 37. Ello dio lugar a la calificación de las sociedades anónimas no inscritas en los términos previstos en el art. 16 TRLSA como “irregulares”, lo que no supone rechazar el reconocimiento de su personalidad -aunque algunas sentencias, han denegado la personalidad jurídica, al menos en toda su amplitud (en este sentido, sentencias 1066/1999 de 14 de diciembre y 1280/2006, de 19 de diciembre), la sentencia 740/2010, de 24 de noviembre, con cita de otras muchas, reconoce que la personalidad jurídica “como instrumento eficaz para la organización de las empresas y creación de un centro de imputación de relaciones jurídicas útil en el tráfico jurídico, ni siquiera queda limitada a los supuestos en los que se ha otorgado escritura pública, de tal forma que del contrato, incluso aformal, cabe derivar cierto grado de personalidad”, lo que, en lo que aquí interesa, coincide con la tesis mantenida por la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 14 de febrero de 2001 que, rectificando la mantenida en otras anteriores, sostiene que “de ciertos preceptos legales de reciente promulgación resulta que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica

-o, al menos, de cierta personalidad-, suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones...” (...). 38. A diferencia de las sociedades mercantiles, cuya actividad exigía algún tipo de publicidad por razones de seguridad del tráfico económico, las sociedades civiles no requerían su inscripción en registro alguno ni siquiera cuando adoptaban “formas mercantiles” -de ahí que no existiese obstáculo a la inscripción del inmueble a nombre de sociedad (...) en el Registro de la Propiedad -. 39. El texto definitivo del Código Civil no incorporó el art. 5 del primero de los títulos dedicados a la sociedad en el Anteproyecto de 1885-1888 a cuyo tenor “(l)a sociedad civil no constituye una personalidad jurídica distinta de los asociados”, de tal forma que de conformidad con lo previsto en el art. 1669 CC “(n)o tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros”-, cabe concluir a contrario sensu con el reconocimiento de la personalidad de las sociedades civiles como consecuencia de la eficacia organizativa del contrato dirigido a crear una entidad destinada a participar como tal en el tráfico jurídico, aunque no se haya inscrito, salvo que las partes decidan que no trascienda al exterior y su existencia se mantenga secreta (en este sentido la sentencia 778/2006, de 14 de julio, afirma que la sociedad “ente creado por el contrato, tiene personalidad jurídica, a no ser que no se trate de sociedad irregular (art. 1669) caso de la que no trasciende a terceros”), sin necesidad de inscripción. 40. A tal conclusión no se opone que el art. 117 del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919 admitiese su inscripción, al disponer que “En el libro de sociedades se inscribirán: (...) 2º. Las sociedades civiles que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el art. 1670 del CC”, lo que también admitía el 84.1º del 14 de diciembre de 1956, al permitir la de las sociedades que se constituyan “con arreglo a las disposiciones o formas del CCom”. -en dicha fecha el art. 16 del CCom se refería a la inscripción de “las sociedades” sin otras precisiones-. 41. Tampoco se contenía referencia alguna a la inscripción de sociedades civiles con forma mercantil en el art. 81 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, que, al identificarlos sujetos y actos de inscripción obligatoria, en el art. 81 dispone que “(s)erá obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los siguientes sujetos: (...) b) Las sociedades mercantiles”. 42. Finalmente, el Reglamento aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, tampoco se refería a las sociedades civiles, lo que fue determinante de que la disposición adicional Única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, añadiese un apartado 3 al art. 81, con el siguiente tenor “(p)odrán también inscribirse las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil”, y el art. 269 bis cuyo apartado 1 disponía que “(l)as sociedades civiles con forma mercantil serán objeto de inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubiera adoptado”, no obstante lo cual, habida cuenta de que el art. 16.1 CCom, en la redacción dada al mismo por la Ley 19/1989, de 25 de julio, dispone que “(e)l Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de: (...) 2º) Las sociedades mercantiles (...) 5º) Cualesquiera personas, naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la ley”, por elementales razones de jerarquía normativa y reserva de Ley fueron anulados por la sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (Recurso contencioso-administrativo 526/1998). 43. En definitiva, a diferencia de otros ordenamientos, como el francés, en el que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles aparece vinculado a la inscripción de la sociedad y hasta que esta se produce rige la regla “il n’y a que des associés point de société” (tan solo existen asociados, no sociedad), al disponer el art. 1842 del Código de Napoleón que “Les sociétés (...) jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation...” (Las sociedades (...) gozan de la personalidad moral a partir de su inscripción)-, al margen de su conveniencia o no, nuestro sistema no exige la inscripción de las sociedades civiles en registro alguno y ni el art. 1669 del CC ni el 35 del mismo Código supeditan a la inscripción el reconocimiento de la personalidad de las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”; Indica GIRÓN TENA. J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 160, lo siguiente: En todas partes se reconoce la evidencia de que las personas morales no son personas en el mismo sentido que los hombres. Se entiende, en consecuencia, que los efectos de la personalidad moral no deben calcarse sobre los de la personalidad humana. La doctrina moderna, en todos los países, sostiene una concepción estrictamente técnica de la personalidad jurídica; la personalidad moral es un procedimiento técnico del que hacen uso los juristas para agrupar y justificar ciertas necesidades que se les imponen”, y en p. 176 que “no es preciso, con referencia a las “Sociedades anónimas”, pone de manifiesto su estructura asociativa, nacida de su origen histórico y de la evolución que lleva a los conceptos actuales, para dejar evidenciada la correcta aplicación a las mismas de la personalidad jurídica” y en p. 252 “no puede existir como anónima (...) una sociedad que no se haya inscrito”; “La sociedad anónima, con todos los rasgos caracterizadores del tipo, no nacerá hasta la inscripción registral, pero con el otorgamiento de la escritura pública de constitución “sí cabe entender que hay sociedad”, y atendiendo a aquella doble eficacia de la escritura de constitución y hasta que se inscribe en el acto constitutivo en el Registro Mercantil pueden distinguirse dos situaciones jurídicas diferentes y que se conocen como sociedad en formación y sociedad irregular”, afirma TAPIA HERMIDA, A., “*La sociedad anónima falta de inscripción registral*”, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1996, pp. 129-130, también “*Artículo 7º*”, “*Artículo 15º*” y “*Artículo 16º*”, en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, (Sánchez Calero, F., Dir.), t. I,

Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid 1997, pp. 203-256, 396-460 y 461-509, respectivamente; Sobre la irregularidad de la sociedad civil y mercantil, TENA PALAZUELO, I., “*El concepto de sociedad civil irregular en la jurisprudencia del Tribunal supremo*”, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., Madrid 1997; “Antes de la inscripción existirá una “sociedad de capital provisional”, a partir de la inscripción existirá una “sociedad de capital definitiva” (que es idea que, con expresión poco afortunada, trata de expresar el art. 33)”, indica ROJO, Á., “*La constitución de las sociedades de capital, Disposiciones generales. Artículo 20. Escritura pública e inscripción registral*”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 315; “La inscripción en el Registro Mercantil determina el nacimiento, no de la sociedad, sino el de una verdadera y genuina sociedad anónima”, afirman IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Lección 18. Las Sociedades de Capital. Aspectos Básicos*, en Lecciones de Derecho Mercantil (A Menéndez y Á Rojo, Directores), v. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 427; La inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad anónima es “el paradigma del efecto constitutivo de la inscripción registral”, afirman SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*, v. I), p. 402; Para la situación según el TRLSA, VIGUERA RUBIO, J. M^a, “*Reflexiones críticas sobre la “constitución” de la Sociedad de capital*”, RdS núm.10, añoVI/1998, pp. 43 ss., especialmente, p. 68; Afirma LOIS ESTÉVEZ, J., “*Fraude contra Derecho*”, Civitas Ediciones, S. L., Madrid 2001, pp. 227-228, que “cabría demandarse si el concepto de persona jurídica ideado por motivos de carácter público, sufrió distorsión en el Derecho Mercantil, al ser utilizado para conseguir la limitación de responsabilidad (...) la personalidad de asociaciones y sociedades, una vez reconocida por el Derecho, se sigue con todas sus consecuencias e implicaciones. Aunque el uso de la institución, como el de otra cualquiera, pueda ser normal, cuando no traiciona el fin para el que fue creada, o anómalo, cuando se emplea con finalidad distinta” concluyendo sobre la “inadvertencia de los abusos en que se incurrió al dar por supuesto que la personificación era algo más que un artificio para ahorrar actuaciones repetitivas”.

⁹⁹² SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 382.

⁹⁹³ Efectivamente en la Exposición de Motivos, apartado II, primer párrafo, de la 235/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, se indica que aquella ley “define a los fondos de inversión como patrimonios separados, sin personalidad jurídica, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, con el concurso de un depositario”. Así según el “concepto” de “fondos de inversión”, dado por la ley artículo 3.1 : “Los fondos de inversión son IIC configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras IIC, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos”, y, al tenor de su artículo 9.1, “las sociedades de inversión son aquellas IIC que adoptan la forma de sociedad anónima. Aquella Ley en su artículo 26 regula su fusión estableciéndose en su artículo 26.4 que “en el caso de fondos de inversión, el procedimiento de fusión se iniciará previo acuerdo de la sociedad gestora o, en su caso, de las sociedades gestoras, de las instituciones que pretendan fusionarse. El proyecto de fusión, junto al resto de información que se determine reglamentariamente, se presentará ante la CNMV para su autorización. La autorización del proceso de fusión tendrá la consideración de hecho relevante y deberá ser objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado y en dos periódicos de ámbito nacional o en la página web de sus respectivas gestoras o de entidades de sus respectivos grupos, durante el plazo mínimo de un mes. Asimismo, la autorización, junto con la información adecuada y exacta sobre la fusión prevista que se determinará reglamentariamente, deberá ser objeto de comunicación a los partícipes de todos los fondos afectados”; Los fondos de inversiones “carecen de personalidad jurídica”, afirma CORTÉS, L. J. “*Lección 40. Mercados de Valores (I): Organización. La inversión colectiva*”, en Lecciones de Derecho Mercantil, v. II, (undécima edición), Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 288. Son ejemplos de la fusión de fondos las siguientes fusiones: FONCAIXA INTERES, FI (Fondo Absorbente) FONCAIXA OBJETIVO ABRIL 2014, FI FONCAIXA GARANTIZADO ELECCIÓN ÓPTIMA 8, FI FONCAIXA PREMIUM RENDIMIENTO II, FI (Fondos Absorbidos); FONCAIXA BOLSA EURO, FI (Fondo Absorbente) FONCAIXA BOLSA EURO 1, FI FONCAIXA CARTERA BOLSA EURO, FI FONCAIXA BOLSA INDICE EURO, FI (Fondos Absorbidos); FONCAIXA BOLSA USA, FI (Fondo Absorbente) FONCAIXA BOLSA USA 1, FI FONCAIXA CARTERA BOLSA USA, FI FONCAIXA USA, FI (Fondos Absorbidos); -FONCAIXA BOLSA SELECCIÓN GLOBAL, FI (Fondo Absorbente) FONCAIXA MULTI TOP FUNDS, FI (Fondos Absorbidos); FONCAIXA RENDIMIENTO CORTO PLAZO 1, FI (Fondo Absorbente) FONCAIXA RENDIMIENTO CORTO PLAZO ESTÁNDAR, FIFONCAIXA RENDIMIENTO CORTO PLAZO PLUS, FI FONCAIXA RENDIMIENTO CORTO PLAZO PREMIUM, FI FONCAIXA RENDIMIENTO CORTO PLAZO PLATINUM, FI FONCAIXA

CARTERA RENDIMIENTO CORTO PLAZO, FI FONCAIXA CARTERA RENDIMIENTO CORTO PLAZO PREMIUM, FI (Fondos Absorbidos).

⁹⁹⁴ Indica GARRIDO DE PALMA, V. M., op.cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 89.

⁹⁹⁵ SÁEZ, M^a I. “*Artículo 38. Efectos de las inscripción*”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, (Rojo, A, y Beltrán, E., Dirs.), Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2001, p. 423

⁹⁹⁶ “Las fusiones en las que no estén inscritas todas las sociedades participantes no son, sin embargo, admisibles bajo el concepto y régimen de la LME, independientemente de que la inscripción sea constitutiva del tipo de la sociedad participante o de que no lo, sea. Se trata simplemente de que las sociedades mercantiles participantes estén inscritas, lógicamente se entiende en el Registro Mercantil aunque nada dice al respecto la LME cuando elabora el concepto de fusión, si bien ello se deduce fácilmente de una interpretación sistemática de la ley en la que la necesidad de inscripción está, con frecuencia presente de forma expresa o implícita”, afirma SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), pp. 386-387.

⁹⁹⁷ En relación con los artículos 1, 2.a) y 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros.

⁹⁹⁸ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 617, que en Nota 943, aluden al sistema italiano y al británico.

⁹⁹⁹ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 91; SÁEZ, M^a I. “*Artículo 39. La sociedad devenida irregular*”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, (Rojo, A, y Beltrán, E., Dirs.), t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 456, cuestionablemente indica que, “la Ley contiene un mecanismo de transformación ministerio legis mediante el cual la sociedad en formación que incurre en el presupuesto objetivo de la irregularidad es una sociedad de personas”; ESPINUELLA, Á, “*Artículo 8. Nacionalidad*”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, (Rojo, A, y Beltrán, E., Dirs.), t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 201, p. 228.

¹⁰⁰⁰ Afirma LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 292-293, que nada obsta a que intervenga una sociedad no inscrita, siempre que se respete *laratio legis* del régimen jurídico sobre la fusión de sociedades y no se viole la esencia de la fusión. Un dato adicional en favor de esta propuesta es que el propio art. 233 de la LSA admite la fusión de “cualesquiera sociedades” y lo cierto es que la ausencia de inscripción registral no hace que una sociedad que gira en el tráfico como tal deje de serlo (cfr. Art. 16 LSA). Incluso la fusión sería una vía para, en su sola regularización de la misma. Lo que no es admisible en nuestro ordenamiento jurídico es una fusión de hecho o una fusión irregular. Esto es la sociedad absorbente o la nueva sociedad nunca podrá ser una sociedad irregular, no inscrita en general. Y es que, como se sabe, los efectos típicos de una fusión se despliegan únicamente mediante la inscripción de la absorción o la creación de la nueva sociedad (...). Es, pues, admisible que una sociedad no inscrita seas absorbida por otra que lo esté o bien que se integre con otras, también inscritas, para constituir, por fusión, una nueva sociedad” ”.

¹⁰⁰¹ “Expresamente se requiere que figuren en el proyecto de fusión los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil (...), con lo que ni siquiera es factible hablar de la elaboración de un proyecto de fusión sino están ya inscritas las sociedades participantes cuando lo firman los respectivos administradores”, afirma SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 387, en relación con la ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

¹⁰⁰² STJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-411/03, SEVIC Systems AG, el supuesto de hecho fue el siguiente: El contrato de fusión celebrado entre SEVIC y Security Vision preveía la disolución sin liquidación de esta última sociedad y la transmisión universal de su patrimonio a SEVIC, sin modificación de la denominación social de ésta. Se denegó la solicitud de inscripción de la fusión en el Registro Mercantil, alegando que el artículo 1, apartado 1, número 1, de la UmwG regulaba y permitía únicamente las fusiones entre sujetos de Derecho con domicilio social en Alemania.

¹⁰⁰³ Conclusión 26 de las presentadas por el Abogado General Sr. Antonio Tizzano, el 7 de julio de 2005, en el asunto C-411/03 SEVIC Systems Aktiengesellschaft contra Amtsgericht Neuwied, resuelto por STJUE de 13 de diciembre de 2005.

¹⁰⁰⁴ Según establece el artículo 100, titulado “derecho de oposición de los acreedores”, de la ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: “Los acreedores de la sociedad cuyo crédito

hubiera nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero tendrán el derecho de oponerse al traslado en los términos establecidos para la oposición a la fusión”.

¹⁰⁰⁵ BLANCO-MORALES LIMONES, P., “*La transferencia internacional de sede social*”, Revista de Sociedades-Monografías, Editorial Aranzadi S. A., Pamplona 1997, pp. 34-34, indica que “la transferencia internacional de sede social puede desencadenarse sea por un traslado de la sede estatutaria, sea por un traslado de la sede de la administración. En la literatura más clásica y en la doctrina más reciente, esta constelación se contempla como una categoría muy emparentada con la fusión internacional de sociedades. No obstante se trata de ámbitos muy dispares, sin perjuicio de que las soluciones en un asea trasladables al otro. Ciertamente la posición del Fisco, la de los accionistas y partícipes, la de los acreedores de la sociedad y la de los terceros que con ella se relacionan, especialmente la de los trabajadores, plantea problemas que guardan relativo paralelismo. Ambas instituciones -traslado y fusión- cuando se desenvuelve en la esfera de más de un ordenamiento jurídico tienen cierto parentesco. No obstante las diferencias son fundamentales. Estas diferencias se ponen claramente de manifiesto si el traslado y la fusión se desarrollan en el ámbito de un único ordenamiento jurídico (...). La existencia ámbitos problemáticos comunes no debe ocultar, sin embargo, que la transferencia internacional de sede social y la fusión internacional de sociedades existen diferencias fundamentales. Tanto que es preciso subrayar que estamos ante instituciones jurídicas diferentes”, diferencias que desarrolla en pp. 35-36..

¹⁰⁰⁶ Precisa la ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles que “también se regula en la presente norma el traslado internacional del domicilio social que, aunque no siempre presenta las características que permitan englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales, sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad aconsejan su inclusión en el mismo texto legal”.

¹⁰⁰⁷ “La transferencia internacional de sede social y la fusión internacional de sociedades presentan un rasgo común en cuanto afecta a las consecuencias resultantes para accionistas y acreedores en la medida en que tiene lugar un cambio en el criterio determinante de la localización geo-jurídica de la sociedad. Desde esta perspectiva se nos revela una identidad de problemas porque las relaciones existentes entre la sociedad y sus accionistas o partícipes quedarán sometidas a una ley diferente, ya que se ha producido un cambio de estatuto personal. La misma identidad se manifiesta en el orden de las relaciones de la sociedad con sus acreedores, sin bien ello no implica que se modifique la ley aplicable a cada una de las singulares relaciones jurídicas que la sociedad ha establecido con un tercero”, afirma BLANCO-MORALES LIMONES, P., op. cit. (*La transferencia internacional de sede social*), p. 35.

¹⁰⁰⁸ En ese sentido se pronuncia la Resolución de 3 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil de León a inscribir la transformación de una sociedad (BOE de 5 de julio de 2013), en sus apartados 5 y 6, que son del siguiente tenor: “5. Tanto la Ley de Sociedades de Capital como la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles, en atención a la tutela del derecho de los acreedores de la sociedad que adopta un determinado acuerdo social inscribible, impone a ésta ciertos deberes de publicación legal del hecho mismo de la adopción del acuerdo y de su contenido. Lo de menos es el mecanismo, sistema o técnica de difusión de la información y si, en caso de pluralidad de técnicas de difusión pública, éstas son de exigibilidad concurrente o subsidiarias unas de otras: publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, en uno o en varios diarios, en la página web de la sociedad...; 6. En ciertos supuestos, la publicación se inserta en un mecanismo de “protección fuerte” del acreedor en que la difusión a los terceros de la información que a ellos les interesa y relativa a la adopción de ciertos acuerdos especialmente trascendentes se incardina o queda embebida en el reconocimiento por Ley en su favor de un derecho de oposición, tal y como ocurre en los casos de fusión (artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales), escisión (artículos 73 y 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales), cesión global del activo y del pasivo (artículo 88 de la Ley de Modificaciones Estructurales), traslado internacional del domicilio social (artículo 100 de la Ley de Modificaciones Estructurales), reducción de capital social en sociedades anónimas (artículo 334 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital) o reactivación de sociedad disuelta no liquidada (artículo 370.4 de la Ley de Sociedades de Capital). Ni que decirse tiene que en estos casos de “protección fuerte” la acreditación de la publicación, en cuanto toca a la regularidad y válido reconocimiento del derecho se sujeta al juicio calificador del registrador Mercantil conforme a las reglas ordinarias, cuyo contraste en juicio de legalidad nadie discute en la doctrina. No en vano, el registrador deberá contrastar si el acuerdo es válido ex artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil”.

¹⁰⁰⁹ Sobre los supuestos de “protección débil”, precisa la Resolución de 3 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil de León a inscribir la transformación de una sociedad (BOE de 5 de julio de 2013), en su apartado 7, lo siguiente: “7. En otros casos, la publicación en interés de acreedores surte los efectos de “mera publicidad-noticia” cuando el legislador, por las razones que sean, considera conveniente ampliar los instrumentos de

publicidad legal en tutela del derecho a ser informados de los acreedores y en atención a la trascendencia del acuerdo social en cuestión, aunque estemos ante mecanismos de “protección débil” sin reconocimiento del derecho de oposición. El juicio de relevancia corresponde al legislador. Tradicionalmente, ciertas modificaciones especialmente relevantes para el tráfico empresarial como son los cambios de denominación, domicilio u objeto social han debido ser publicadas en “Borme”, diarios o web corporativa (vid. artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 289 de la Ley de Sociedades de Capital actualmente derogado por la Ley 25/2011, de 1 de agosto) y lo mismo ocurre -u ocurría- en otros supuestos como son todavía los acuerdos de reducción de capital social, en todo caso y aunque no entrañen el reconocimiento del derecho de oposición (artículo 165 de la Ley de Sociedades Anónimas y 319 de la Ley de Sociedades de Capital); anteriormente, la disolución de la sociedad (artículo 263 de la Ley de Sociedades Anónimas y 369 de la Ley de Sociedades de Capital) o la información del estado de la liquidación (artículo 273 de la Ley de Sociedades Anónimas y 388 de la Ley de Sociedades de Capital) o, todavía, la misma transformación de la sociedad (artículo 224.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículos 14 y 16 Ley de Modificaciones Estructurales). En tales casos, el registrador deberá controlar si queda acreditado el cumplimiento del requisito de la publicación cuando el legislador estime que dicha acreditación se establece como requisito de la escritura o se trata de un dato que necesariamente haya de constar en el asiento; y con independencia de que la eventual omisión sea o no un vicio invalidante del acuerdo. No en vano, el registrador no debe limitar su calificación a controlar la posible presencia de vicios invalidantes de los acuerdos inscribibles sino que “apreciará la omisión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que necesariamente deba contener la inscripción o que, aun no debiendo constar en ésta, hayan de ser calificadas” como nos dice elegantemente el artículo 58.2 in fine del Reglamento del Registro Mercantil. No puede inferirse, desde luego, de la regulación sustantiva de sociedades y de la de modificaciones estructurales una regla interpretativa según la cual las publicaciones legales de acuerdos sociales en que no se reconozca un derecho de oposición de acreedores pueden ser dispensadas cuando se adoptaran decisiones sociales por unanimidad de todos los socios. Así, por ejemplo, este Centro Directivo tiene desde siempre establecido que deberán publicarse los anuncios del reducción de capital social en anónimas aunque la reducción sea de las que no conceden derecho de oposición como acontece en las nominales o por pérdidas (vid. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 julio de 1995, 3 de septiembre y 30 de octubre de 1998, 18 de mayo y 30 julio de 2001, 14 de marzo de 2005”).

¹⁰¹⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., op. cit. (*Derecho de los Negocios Internacionales*), pp. 242-243.

¹⁰¹¹ Art. 64 LME “A la vista de los datos obrantes en el Registro y en la escritura pública de fusión presentada, el Registrador mercantil del domicilio social de la sociedad que se fusiona certificará la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión por parte de las sociedades sujetas a la legislación española, a las que entregará sin demora el correspondiente certificado”.

¹⁰¹² Según SEQUEIRA MARTÍN, A., “Capítulo 4. La constitución mediante fusión de la sociedad Anónima Europea”, en Sociedad Anónima Europea. Régimen societario, laboral y fiscal”, Marcial Pons, Madrid 2004, p. 307, que “es preciso constatar que ante las dos modalidades existentes de fusión (por absorción y por constitución) que el Reglamento reconoce (art. 17), es sólo respecto de ésta última donde se puede en puridad hablar de constitución de una nueva sociedad. La fusión por absorción es, en su caso una modificación estructural de una sociedad ya existente”.

¹⁰¹³ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., op. cit. (*Derecho de los Negocios Internacionales*), p. 245.

¹⁰¹⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., op. cit. (*Derecho de los Negocios Internacionales*), p. 245.

¹⁰¹⁵ MARTÍ MOYA, V., op. cit. (*Armonización en materia de concentraciones intraeuropeas: la última directiva sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital*), pp. 32110-311.

¹⁰¹⁶ Indican FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., op. cit. (*Derecho de los Negocios Internacionales*), p. 243, que añaden, en p. 244, lo siguiente: “La Directiva sobre fusiones transfronterizas se ocupa también de esta cuestión, aunque sin cerrar definitivamente los problemas que pueden plantearse. Así el artículo 13 de la Directiva prevé que el registro en el que se inscriba la sociedad resultante de la fusión ha de comunicar a los registros de sociedades fusionadas la realización de la operación, debiendo procederse a la baja de las sociedades fusionadas —en caso de que sea necesario- con posterioridad a esa comunicación y no antes. Se deja, por tanto a la legislación de cada Estado la determinación de los efectos registrales de la fusión, respecto de las sociedades fusionadas. Aparte de esto se establece que será el Derecho del Estado de la sociedad que resulte de la fusión el que determine la fecha en que la fusión será efectiva, sin que en ningún caso, esta fecha pueda ser anterior a la fecha en que se efectuó el control de legalidad de la

realización de la fusión (art. 12). Finalmente nada se prevé sobre posibles cierres temporales del registro de las sociedades implicadas con el fin de evitar que se produzcan desajustes en la publicidad registral entre unos estados y otros. Se trata de cuestiones que tampoco ha cerrado la Ley 3/2009, que en este punto se limita a remitirse a la regulación de las fusiones de carácter general (art. 66 LME). La remisión a éste régimen general implica que la eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, de la absorción (art. 456 LME); esta inscripción obliga además a cancelar los asientos registrales de las sociedades extinguidas. La proyección a los supuestos internacionales de esta regulación es susceptible de plantear algún problema, por lo que será preciso seguir en los próximos años la práctica que se desarrolle en las operaciones de fusión”.

¹⁰¹⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., op. cit. (*Derecho de los Negocios Internacionales*), p. 243, que añaden, “no creemos, sin embargo, que esta calificación por el Registrador de la regularidad del proceso de fusión desde la perspectiva del Derecho extranjero rector de las distintas sociedades intervinientes sea aconsejable. La razón de ello es que, de generalizarse esta opción, todas las autoridades que intervengan en la fusión calificarán el conjunto del proceso, multiplicándose las posibilidades de divergencias en la calificación

¹⁰¹⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., op. cit. (*Derecho de los Negocios Internacionales*), p. 243.

¹⁰¹⁹ Afirma GÓMEZ SEGADÉ, J. A., op. cit. (*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*), p. 5036, que añade, en relación con la legislación derogada, pero que debe traerse a colación debido a que constituye el antecedente inmediato del régimen actual de la fusión, “en la nueva regulación, la continuidad económica también se garantiza definitivamente con la eliminación del derecho de separación. En efecto el régimen de la LSA de 1951

¹⁰²⁰ Preámbulo, I, cuarto párrafo, de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

¹⁰²¹ Sobre la imposibilidad de la continuación de la personalidad del causante en la sucesión hereditaria común LASARTE ÁLVAREZ, C., “*Principios de Derecho Civil*”, t. séptimo, Derecho de Sucesiones, Alájar Ediciones y Promociones, S. L.-Editorial Trivium. S. A., Madrid 2001, p. 41, que añade en la misma página: “El heredero sucede, ocupa, continúa, se subroga en el conjunto de relaciones jurídicas atinentes al causante en la misma posición que éste asumís previamente”; También LACRUZ BERDEJO, J. L., “*Manual de Derecho Civil*”, p. 740,

¹⁰²² ESPINA, D., op. cit. (*La empresa en el Derecho Mercantil*), p. 64.

¹⁰²³ Así, como precisa la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 26 de marzo de 2002, “la adquisición completa o mayoritaria del accionariado de una sociedad no implica sucesión empresarial, puesto que el precepto estatutario exige que, bajo cualquier título, se produzca la transmisión de la empresa, de una unidad productiva de la misma o de elementos patrimoniales suficientes para continuar, por sí solos o mediante un aporte adicional de medios, la actividad empresarial. Tal transmisión no se produce mediante la adquisición de acciones, puesto que la sociedad adquirida continúa poseyendo su personalidad jurídica y persiste (al menos teóricamente) su condición de parte empleadora en sus relaciones contractuales con sus trabajadores. Por consiguiente, la adquisición de acciones sólo afecta a la titularidad de la sociedad empleadora, no pasando a ostentar la adquirente vínculo laboral alguno con los trabajadores, puesto que tal adquisición es igual o equivalente a cualquier cambio en la titularidad o cotitularidad de las personas físicas en el capital de la sociedad empleadora, sin que tales cambios impliquen sucesión empresarial a efectos laborales”.

¹⁰²⁴ Como precisa la STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 20 de diciembre de 2013, “lo que ha existido(...), no es una transmisión de la empresa -es decir, del establecimiento industrial en sí mismo como conjunto empresarial- sino una transmisión de las participaciones sociales de quienes eran socios (los Srs. A y E) a quienes como consecuencia de la adquisición de esas participaciones pasan a serlo (CP y el Sr. JI). En el primer caso hubiera cambiado el titular del establecimiento, en el segundo el titular sigue siendo la sociedad (ER, SL), que simplemente cambia de participantes, pero sigue con su mismo patrimonio, con sus trabajadores y con toda su esfera de actuación jurídica. De ahí que el simple cambio de partícipes en el capital social no haya alterado el régimen de responsabilidad en perjuicio de sus trabajadores, porque los socios salientes, como personas físicas, no respondían de las deudas sociales fuera del límite de sus aportaciones de capital y salvo supuestos de levantamiento del velo. El empresario no eran los Srs. A. y E., sino ER, SL. (...). Por tanto, la venta de las participaciones sociales no constituye más que el ejercicio de un derecho vinculado al régimen de transmisibilidad de las acciones y participaciones (art. 56 LSA, arts. 29 a 31 LSRL arts. 106 a 112 LSC) y no consta ninguna restricción de las facultades de transmisión, ni hay ningún dato que permita calificar esta venta como una operación fraudulenta”.

¹⁰²⁵ ÁLVAREZ ARJONA, J. M^a, op. cit. (*Adquisiciones de empresas*), p.69, que indica en p. 62, lo siguiente: “Empresas se han comprado siempre, y nuestro Derecho Civil y Mercantil contaba con instrumentos que posibilitaban que éstas pudieran llevarse a efecto. Lo que ha cambiado la sofisticación del mundo de la empresa, es la forma en que se concibe esa adquisición. A principios de siglo, relativamente reciente la publicación de nuestro Código Civil y nuestro Código de comercio, no difería gran cosa la compra de una empresa de la compra de cualquier otro objeto”.

¹⁰²⁶ Indica LARGO GIL, R., “*Modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado*”, en Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez, v.1, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico-Universidad de Valladolid, Valladolid 1998, p. 440, que la “conservación de la empresa” es el principio rector subyacente a diversas RRDGRN, citando a modo de ejemplo la de 8 de noviembre de 1995, para que la realización de la modificación estructural o reestructuración “no comporte el desconocimiento de otros intereses”

¹⁰²⁷ A “la indiferencia del objeto social para ser calificada la sociedad anónima como sociedad mercantil alude SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*Comentarios a la Ley de sociedades anónimas, Tl. Artículo 1º y Artículo 3*), p. 7, añadiendo, en p. 11, que “se ha hecho notar la potencialidad de la sociedad anónima, que permite una pluralidad o polivalencia funcional de la misma. Hasta el punto que se dice por un sector de la doctrina que la sociedad anónima tiende a configurarse como una sociedad general que suple la falta de creación de nuevas formas sociales y también traspasa los límites del mundo de la empresa hasta alcanzar la categoría de simple técnica de organización”, y en pp. 100 y 102, “la sociedad anónima tiene carácter mercantil “cualquiera que sea su objeto”, partiendo de la consideración del “objeto social” como la actividad que ha de desarrollar la sociedad. Esa indiferencia respecto de la actividad a la que se ha de dedicar la sociedad ha de referirse, en primer lugar (...), al carácter civil o mercantil del objeto social (...). Esa indiferencia del objeto social permite afirmar que éste en la sociedad anónima no ha de ser necesariamente de carácter económico, sino que puede ser de otro tipo (...), añadiendo, en pp. 104-105, “sobre la posibilidad de que sus actividades no impliquen un fin lucrativo, hemos de manifestar nuestro parecer favorable a esa amplitud. La diferencia entre objeto y fin social no impide apreciar la relación entre ambos, en el sentido de que el primero es un medio para alcanzar el segundo y que éste no puede constreñirse al ánimo de lucro como causa del contrato de sociedad, sino que ésta es más amplia y ha de concretarse en la comunidad del fin buscado por los socios”; Indica VAQUERIZO, A., “*Artículo 1º*”, en *Comentario a la Ley de sociedades de Capital*, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I, Título I, disposiciones generales, Capítulo I, Las Sociedades de Capital, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2011, pp. 197-199, lo siguiente: “La naturaleza del objeto social resulta indiferente a efectos de la calificación de las sociedades de capital como sociedades mercantiles. Esa indiferencia del objeto supone prima facie que a través de los tipos sociales capitalistas se puede desarrollar cualquier actividad, dentro del respeto a los requisitos que la propia ley impone en relación con el objeto social. La sociedad puede, en consecuencia, desarrollar actividades tanto civiles como mercantiles sin que ello afecte a su condición como sujeto empresarial. La libertad de elección del objeto se ve tan sólo restringida por los preceptos que imponen la obligación de que la actividad desarrollada sea lícita y se encuentra debidamente determinada en los estatutos (...). No parece que resulte adecuado equiparar el objeto -que es a lo que se dedica la sociedad- con el fin o ratio subyacente a la sociedad misma. Por esta misma razón, tampoco resulta apropiado identificar la indiferencia del objeto, reconocida a ciertos efectos (...), con la indiferencia del fin, pues ello supone interpretar de manera un tanto forzada al alcance del precepto (...), el cual trata únicamente de resolver el problema de la adscripción legal de las sociedades de capital a un marco jurídico determinado, el propio de los sujetos mercantiles”; Tras discurrir sobre la evolución de “mercantilidad” de las sociedades afirma PAZ-ARES, C., “*Lección 16. Las Sociedades Mercantiles*”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, v. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 386, y después de aludir a las “sociedades mixtas” como un resultado de la evolución legislativa en materia de sociedades, indica que “la cuestión de la mercantilidad queda como sigue: (i) Un sociedad que se dedique a una actividad mercantil (...) tiene que adoptar necesariamente la forma o tipo mercantil (mercantilidad objetiva, arts. 119 y 122 C de C.). El sujeto que nace de ese contrato de sociedad es siempre un comerciante, pues desarrolla una actividad mercantil de forma habitual (mercantilidad subjetiva, arts. 1.1 y 2 C. de C.). (ii) Una sociedad que se dedique a una actividad civil (...) puede adoptar bien una forma civil, o bien una forma mercantil (sociedad mixta; mercantilidad objetiva). El sujeto que nace de ese contrato no será en ningún caso comerciante. (iii) No obstante lo anterior, serán siempre comerciantes, con indiferencia de cual sea su actividad u objeto, las personas jurídicas que nazcan de los siguientes tipos societarios: sociedad anónima (...), mercantilidad por razón de la forma”

¹⁰²⁸ Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en 2013, Gobierno de España-Ministerio de Justicia 2013.

¹⁰²⁹ Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Mercantil, II, Libro Primero: Del empresario y de la empresa, apartado 3, “De la empresa” punto II-10, artículos 131-1 a 131-4.

¹⁰³⁰ Artículo 131-1.

¹⁰³¹ Artículo 131-2.1 y 2.

¹⁰³² ESPINA, D., op. cit. (*La empresa en el Derecho Mercantil*), p. 36.

¹⁰³³ Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Mercantil, I. Consideraciones Generales, apartado 2 “Delimitación de la materia mercantil”, puntos I-9, I-10 y I-12. Artículos 001-2 y 001-4.

¹⁰³⁴ Norma de valoración y registro 19^a.1.a de la parte segunda del Plan General de Contabilidad, que “constituye el desarrollo reglamentario en materia de cuentas anuales individuales de la legislación mercantil”, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, con las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, (PGC).

¹⁰³⁵ Norma de registro y valoración 19^a.2.5, de la segunda parte del PGC.

¹⁰³⁶ Norma Internacional de Información Financiera 3, “Combinaciones de negocios”, párrafos 32-33.

¹⁰³⁷ Párrafo 41 de la NIIF 3.

¹⁰³⁸ Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Mercantil, apartado III. Libro III, Libro Segundo: De las Sociedades Mercantiles, apartado 2, punto III-9.

¹⁰³⁹ Artículo 211-1.

¹⁰⁴⁰ Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Mercantil, apartado III. Libro III, Libro Segundo: De las Sociedades Mercantiles, apartado 5, punto III-51y III-57; Artículo 233-1.

¹⁰⁴¹ Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Mercantil, apartado III. Libro III, Libro Segundo: De las Sociedades Mercantiles, apartado 8, puntos III-68, III-68, y III-69; artículos 263-37 a 263-50.

¹⁰⁴² Norma 4^a, elementos de las cuentas anuales. Segunda Parte, PGC.

¹⁰⁴³ Apéndice A. Definiciones de términos. “Fondo de comercio”. Norma Internacional de Información Financiera 3. Combinaciones de negocios.

¹⁰⁴⁴ Plan General de contabilidad, Texto refundido aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, modificado por Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, Segunda Parte. Normas de Registro y Valoración. Norma 19^a, Combinaciones de negocios.¹

¹⁰⁴⁵ Artículo 131-3 de la Propuesta de código Mercantil.

¹⁰⁴⁶ Definición de un negocio (aplicación del párrafo 3), B-7 a B-11. Norma Internacional de Información Financiera 3. Combinaciones de negocios.

¹⁰⁴⁷ Apéndice A. Definiciones de términos. “Negocio” y “combinación de negocios”. Norma Internacional de Información Financiera 3. Combinaciones de negocios.

¹⁰⁴⁸ Alcance.2. Norma Internacional de Información Financiera 3. Combinaciones de negocios.

¹⁰⁴⁹ Plan General de contabilidad, Texto refundido aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, modificado por Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, Segunda Parte. Normas de Registro y Valoración. Norma 19^a, Combinaciones de negocios.

¹⁰⁵⁰ Según la NIC 1, la “Hipótesis de empresa en funcionamiento” se explica en los siguientes términos: “25 Al elaborar los estados financieros, la dirección evaluará la capacidad que tiene una entidad para continuar en funcionamiento. Una entidad preparará estados financieros bajo la hipótesis de empresa en funcionamiento, a menos que la dirección pretenda liquidar la entidad o cesar en su actividad, o bien no exista otra alternativa más realista que proceder de una de estas formas. Cuando la dirección, al realizar esta evaluación, sea consciente de la existencia de incertidumbres importantes, relacionadas con sucesos o condiciones que puedan aportar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad para seguir en funcionamiento, revelará esas incertidumbres. Cuando una entidad no prepare los estados financieros bajo la hipótesis de empresa en funcionamiento, revelará este hecho, junto con las hipótesis sobre las que han sido elaborados, así como las

razones por las que la entidad no se considera como una empresa en funcionamiento. 26 Al evaluar si la hipótesis de empresa en funcionamiento resulta apropiada, la dirección tendrá en cuenta toda la información disponible sobre el futuro, que deberá cubrir al menos los doce meses siguientes a partir del final del ejercicio sobre el que se informa pero no limitarse a éste. El grado de detalle de las consideraciones dependerá de los hechos que se presenten en cada caso. Cuando una entidad tenga un historial de operaciones rentables, así como facilidades de acceso a recursos financieros, la entidad podrá concluir que utilizar la hipótesis de empresa en funcionamiento es lo apropiado, sin realizar un análisis en profundidad. En otros casos, la dirección, antes de convencerse a sí misma de que la hipótesis de continuidad resulta apropiada, habrá de ponderar una amplia gama de factores relacionados con la rentabilidad actual y esperada, el calendario de pagos de la deuda y las fuentes potenciales de sustitución de la financiación existente”; Al tenor del Plan General de contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, con las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, (PGC), Primera Parte. Marco Conceptual de la Contabilidad: “3” Principios contables La contabilidad de la empresa y, en especial, el registro y la valoración de los elementos de las cuentas anuales, se desarrollarán aplicando obligatoriamente los principios contables que se indican a continuación: 1. Empresa en funcionamiento. Se considerará, salvo prueba en contrario, que la gestión de la empresa continuará en un futuro previsible, por lo que la aplicación de los principios y criterios contables no tiene el propósito de determinar el valor del patrimonio neto a efectos de su transmisión global o parcial, ni el importe resultante en caso de liquidación. En aquellos casos en que no resulte de aplicación este principio, en los términos que se determinen en las normas de desarrollo de este Plan General de Contabilidad, la empresa aplicará las normas de valoración que resulten más adecuadas para reflejar la imagen fiel de las operaciones tendentes a realizar el activo, cancelar las deudas y, en su caso, repartir el patrimonio neto resultante, debiendo suministrar en la memoria de las cuentas anuales toda la información significativa sobre los criterios aplicados”; Una plantilla de trabajadores es siempre un conjunto bien ordenado o totalmente ordenado respecto de la relación de producción, al cumplir las propiedades reflexiva, asimétrica y transitiva.

¹⁰⁵¹ Plantilla bien organizada y otras partidas que no son identificables. B37. Norma Internacional de Información Financiera 3. Combinaciones de negocios.

¹⁰⁵² Precisa ANSÓN PEIRONCELY, R., op. cit. (*Fusión Transfronteriza Intracomunitaria*), p. 188, en relación con la “implicación” de los trabajadores en la empresa, que “es frecuente no dar mucha importancia a esta cuestión, sobre todo porque en España es poco frecuente el sistema de la cogestión de las sociedades mercantiles. Pero no se puede olvidar, ya que es posible que alguna de las sociedades intervinientes en la fusión se encuentre domiciliada en un Estado en que los trabajadores tengan el derecho de participación en las sociedades mercantiles”.

¹⁰⁵³ Según se establece en el artículo 6 de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo, según su artículo 6, titulado “Principios generales de información financiera”: 1. Las partidas consignadas en los estados financieros anuales y consolidados se contabilizarán y valorarán de conformidad con los siguientes principios generales: a) se presumirá que la sociedad continúa sus actividades como empresa en funcionamiento”.

¹⁰⁵⁴ Apartado 3, “Principios contables”, del Marco Conceptual de la Contabilidad (MCC) del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC).

¹⁰⁵⁵ Resolución de 18 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento (BOE de 25 de octubre de 2013), punto II, apartado tercero.

¹⁰⁵⁶ La Resolución de 18 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento (BOE de 25 de octubre de 2013) establece, en su norma primera. 3.C), que es Resolución no se aplica a “los supuestos de modificación estructural de las sociedades mercantiles”.

¹⁰⁵⁷ URÍA, R., MENÉNDEZ, A., e IGLESIAS PRADA, J. L., op. cit. (*Capítulo 51. Fusión y escisión de sociedades*), p. 1392, aluden a que “el principio de la transmisión universal ipso iure facilita eficazmente el traspaso patrimonial de una a otra sociedad al permitir que los distintos bienes, derechos y obligaciones integrantes del patrimonio de la sociedad extinguida se transmitan uno actu. Si no se aceptase este principio, habría que adoptar el lento y dispendioso procedimiento de descomponer la transmisión patrimonial en los singulares negocios jurídicos idóneos para la transmisión de los distintos elementos integrantes del patrimonio (la

compraventa, la cesión de créditos, el endoso, etc.), y con ello las posibilidades prácticas de la fusión quedarían sumamente disminuidas”.

¹⁰⁵⁸ Considerando 3.

¹⁰⁵⁹ Según el cual “los Estados miembros velarán por que la presente Directiva no se aplique a la sociedad o sociedades que sean objeto de utilización de los instrumentos, competencias y mecanismos de resolución que establece el título IV de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo”.

¹⁰⁶⁰ Según el cual: “Las sociedades en liquidación podrán fusionarse con otras siempre que no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios”. SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), pp. 406-412.

¹⁰⁶¹ De igual manera el artículo L236-1 del Code de commerce, establece: “En savoir plus sur cet article. Une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent. Une société peut aussi, par voie de scission, transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles. Ces possibilités sont ouvertes aux sociétés en liquidation à condition que la répartition de leurs actifs entre les associés n'ait pas fait l'objet d'un début d'exécution”.

¹⁰⁶² “Sin previa disolución de la sociedad no cabe hablar de liquidación y, a sus vez, no hay disolución que no coloque de inmediato a la sociedad disuelta en estado de liquidación”, afirma BELTRAN, E., op. cit. (*La Liquidación. Artículo 371*), p. 2592.

¹⁰⁶³ Que “no es propiamente un modo de extinción de la sociedad, sino una fase de un procedimiento judicial previsto exclusivamente para satisfacer los derechos de los acreedores en los casos de insolvencia de la sociedad (art. 372), aunque puede determinar la extinción de la sociedad cuando el concurso concluya por inexistencia de activo”, indica BELTRAN, E., op. cit. (*La Liquidación. Artículo 371*), p. 2593.

¹⁰⁶⁴ Al tenor del artículo 100.3, de la ley 22/2003, Concursal (LC), y artículo 227.3 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio. Según el primero de aquellos artículos: “En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada”; con base en dicho precepto el Juzgado de lo Mercantil N° 4 de Madrid, mediante sentencia de 7 de febrero de 2013, ha aprobado la fusión de dos empresas declaradas simultáneamente en concurso de acreedores, indicando que acreedores podían haber ejercitado su derecho de oposición a la fusión a través del trámite común de oposición a la aprobación del convenio. Las sociedades declaradas en concurso presentaron convenio con propuesta de fusión por absorción que fue aprobado por los acreedores”. Supuesto que no se confunde con la hipótesis de que una de las sociedades anónimas participantes en la fusión sea declarada en concurso de acreedores, como precisa GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 91. ESTEBAN RAMOS, L. Mª, “¿Constituye el derecho de oposición de los acreedores un obstáculo a la fusión de sociedades en estado de concurso?”, RdS núm. 37, año 2011-2, pp. 161-172, parece mostrarse en contra de que el derecho de oposición de los acreedores pueda impedir la fusión de sociedades.

¹⁰⁶⁵ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 132, indica que “el art. 100.3 LC sólo prevea la participación en la fusión como contenido del convenio de acreedores no quiere decir que no se pueda realizar durante la fase común del concurso, al margen del convenio, sometiéndose a las normas generales de la fusión. No obstante, en este caso no parece que pueda participar la concursada como transmitente (absorbida) pues el art. 43 LC no permite ninguna enajenación de bienes en ese momento”, salvo autorización del Juez, habría que añadir, ex art. 43.2 LC.

¹⁰⁶⁶ Según el artículo 149 LC, “reglas legales de liquidación”: “1. De no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas supletorias:1.ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos. La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta. No obstante, el juez podrá acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso. La transmisión mediante entidad especializada se realizará con cargo a las retribuciones de la administración concursal. Las resoluciones que el

juez adopte en estos casos deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo previsto en el apartado 4 del artículo 148. Estas resoluciones revestirán la forma de auto y contra ellas no cabrá recurso alguno”.

¹⁰⁶⁷ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (El concepto de fusión y sus elementos componentes), p. 411, afirma que no es fácil “insertar en un proceso de fusión el régimen de una sociedad en liquidación concursal, ni para las sociedades que, en tal situación, se deban extinguir como consecuencia de su participación en una fusión, sea porque sean absorbidas o porque participan en la creación de una nueva, ni, tampoco, para la sociedad absorbente”, concluyendo, en p. 412, que no es “posible la participación en una fusión de una sociedad que se encuentre en estado de liquidación concursal, aunque se trata más de una dificultad derivada de opción legal que de una imposibilidad dogmática, en la que el problema a solventar sería la habilitación de los mecanismos tutelares adecuados para sus socios y acreedores”

¹⁰⁶⁸ Artículo 3.2: “La legislación de un Estado miembro podrá prever que la fusión por absorción pueda tener lugar igualmente cuando una o varias de las sociedades absorbidas estén en liquidación, con tal de que esta posibilidad solo se otorgue a las sociedades que aún no hayan comenzado el reparto de sus activos entre sus accionistas”; Artículo 4.2: “La legislación de un Estado miembro podrá prever que la fusión por constitución de una nueva sociedad pueda tener lugar igualmente cuando una o varias de las sociedades que desaparezcan estén en liquidación, con tal de que esta posibilidad solo se otorgue a las sociedades que aún no hayan comenzado el reparto de sus activos entre sus accionistas”; Precisan GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 132, que “tampoco se debe excluir su participación una vez abierta la fase de liquidación, siempre que no se haya procedido a la disposición de los bienes. Entendemos que se debe admitir la participación de la concursada”; Para el procedimiento abreviado tanto el artículo 91.7 LC, como el artículo 191 ter. 4 LC, se remiten a los artículos 146 bis y 149 LC. se remite

¹⁰⁶⁹ En relación con nuestro ordenamiento jurídico se ocupan de ello GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 133-135, que advierte, “ni la LME ni la LC se ocupan (...) de armonizar los procedimientos de una y otra institución, que tratan de proteger intereses distintos. Las tensiones entre ambos procedimientos se plantean en varios aspectos”, destacando como los más relevantes los siguientes: “el primer problema es, en caso de convenio, si ha de ser previa la aprobación de éste por los acreedores o de la fusión por las juntas de socios (...). Entendemos que lo lógico es que se tomen los acuerdos de fusión antes de la aprobación del convenio, pues (...) no hay inconveniente en someter la fusión a condición, en este caso de la aprobación del convenio. Sin embargo no parece imposible admitir un convenio en el que se prevea una fusión (...) aún no acordada. Esto se admite en el derecho alemán, considerándola una propuesta condicionada pero expresamente admitida. La cuestión es si en este caso la no aprobación supondría incumplimiento del convenio (...) Otra cuestión es la competencia para las decisiones del proceso de fusión. Obviamente será necesaria la participación de los administradores, y muy concretamente será necesario que aprueben al convenio. Pero será, por supuesto, necesario el acuerdo de la Junta de acreedores de acuerdo con el art. 40 LME, pues ésta sigue manteniendo sus competencias (art. 48 LC). Se plantea también como opera el derecho de oposición de los acreedores. La ley no introduce ninguna especialidad para el caso de fusión de sociedad concursada, por lo que en principio operará normalmente (...). Pero para los acreedores de la concursada, podría pensarse que siendo el fundamento del derecho de oposición el riesgo de que empeore la solvencia de la deudora, no se debe admitir ésta está ya en concurso. Entendemos que subsiste pero que no debe aplicarse de manera igual para todos. Los acreedores de la masa son acreedores preferentes y por tanto lo ejercerán de la forma normal. Pero respecto de los acreedores que participan en el convenio, no parece que tenga sentido que puedan oponerse de forma individual (...). Finalmente se plantea el problema de determinar que sucede en el caso en que la concursada se extinga como consecuencia de la fusión. el problema es que la extinción de la sociedad no es causa de conclusión del concurso, ni es un supuesto contemplado en la ley (...), la ley no prevé ninguna solución para el caso de extinción de la sociedad como consecuencia de la fusión (...). Entendemos que la adquirente quedará vinculada en los términos del convenio y que el incumplimiento del convenio no podrá producir tampoco la nulidad de la fusión, por aplicación del art. 47 LME. sin perjuicio de las acciones que se puedan ejercitar contra la sociedad incumplidora”.

¹⁰⁷⁰ 2015/C 141/01.

¹⁰⁷¹ BELTRAN, E., op. cit. (*La Liquidación. Artículo 371*), p. 2592.

¹⁰⁷² Artículo 12 de la Directiva 2005/56, titulado “Efectividad de la fusión transfronteriza”, indica que “la legislación del Estado miembro a la que esté sujeta la sociedad resultante de la fusión transfronteriza determinará la fecha de efectividad de la fusión transfronteriza. Esta fecha deberá ser posterior a la realización del control contemplado en el artículo 11”. Precisa el artículo 46 de la Ley 3/2009, titulado “Inscripción de la

fusión”, que “1. La eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente. 2. Una vez inscrita la fusión se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas”.

¹⁰⁷³ GIRÓN TENA. J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 339, donde precisa que “la naturaleza jurídica de la liquidación es especial. No puede reconducirse a figuras con las que se den parecidos. Lo único que puede generalizarse es la existencia de dos facetas de la misma: de una parte, el conjunto de las actuaciones jurídicas, que constituye un verdadero procedimiento (...), y de otra, la situación jurídica en que la sociedad se encuentra mientras está sometida a aquél”.

¹⁰⁷⁴ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 424.

¹⁰⁷⁵ GIRÓN TENA. J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 338, indica lo siguiente: “La caracterización de la liquidación puede comenzarse con la razón de ser jurídica de la misma, que está en la liberación de los socios y del patrimonio social de los lazos jurídico sociales. Se trata de liberar al patrimonio social de su afectación a los acreedores, para hacer posible su reparto. Este fin del procedimiento liquidatorio es medio -eliminar el obstáculo de aquella afectación- para el fin del reparto entre los socios. No hay interés positivo de los acreedores; sólo el negativo de no ser sacrificados por el de los socios. Esto es lo específico de la liquidación societaria. No lo es, en cambio, la liquidación de la empresa, aunque las normas alrededor de la liquidación tengan que contener este supuesto. De aquí que el Derecho no impida, sino que ampare, por el interés general en la conservación de las empresas, las soluciones que no acarreen la desaparición de éstas, sin que ello implique incompatibilidad con la liquidación de la sociedad como tal (...). La distinción formulada explica que se puedan dar dos conceptos de la liquidación. Uno, tomando a la sociedad misma, según el cual sería la extinción de las relaciones jurídicas. De la sociedad con terceros y la misma con sus miembros, y otro, contemplando el proceso legalmente previsto para cuando la extinción de la sociedad coincide con la de la empresa”.

¹⁰⁷⁶ Sobre el paralelismo entre liquidación y procedimiento concursal afirma GIRÓN TENA. J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 339, refiriéndose la naturaleza jurídica de la liquidación que “se ha pretendido llevar la materia a los procedimientos concursales para el caso de insolvencia o preventivos de ésta -quiebras y suspensión de pagos-. Pero de éste paralelismo se obtiene bien poco o nada, ya que la “ratio” fundamental que preside uno y otro supuesto es muy distinta”; “La declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de éste”, se afirma en el apartado III, párrafo quinto, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su artículo 43.4, “conservación y administración de la masa activa”, según el cual: “En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por los artículos 146 bis y 149”, y artículo 149.1, a cuyo tenor “1.ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos. La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta. No obstante, el juez podrá acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso. La transmisión mediante entidad especializada se realizará con cargo a las retribuciones de la administración concursal. Las resoluciones que el juez adopte en estos casos deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo previsto en el apartado 4 del artículo 148. Estas resoluciones revestirán la forma de auto y contra ellas no cabrá recurso alguno. 2.ª En el caso de que las operaciones de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, se estará a lo dispuesto en el artículo 64. 3.ª No obstante lo previsto en la regla 1.ª, entre ofertas cuyo precio no difiera en más del 15 por ciento de la inferior, podrá el juez acordar la adjudicación a esta cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores”, 149.3, a cuyo tenor: “En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma mediante subasta se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, que deberán incluir una partida relativa a los gastos realizados por la empresa declarada en concurso para la conservación en funcionamiento de la actividad hasta la adjudicación definitiva”.

¹⁰⁷⁷ Resolución de 18 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento (BOE de 25 de octubre de 2013; diferentes es el “balance de fusión”, como indica

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “*Derecho contable de fusiones y escisiones*”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 14 “en nuestro Derecho positivo se prescribe la elaboración de un malhadado estado contable intermedio conocido como “balance de fusión”, seguramente de naturaleza extracontable, al que el legislador atribuye un papel central en la tramitación de la operación y que “complementa” y acompaña la información contable ordinaria constituida por las últimas cuentas anuales de la sociedades participantes”, y en op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), pp. 105 ss., trata del “malhadado” balance de fusión.; “Se trata de un documento estrictamente informativo desprovisto de toda eficacia contable y que no tiene, por tanto, transcendencia directa frente a terceros, afirman CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 137

¹⁰⁷⁸ BELTRAN, E., op. cit. (*La Liquidación. Artículo 371*), p. 2676.

¹⁰⁷⁹ Artículo 75.2.5° LC.

¹⁰⁸⁰ Conforme indica la Resolución de 18 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento (BOE de 25 de octubre de 201), apartado II.

¹⁰⁸¹ La Resolución de 18 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento (BOE de 25 de octubre de 201), apartado I, y con referencia a ese primer escenario indica lo siguiente: “Esto es, cuando los administradores de la sociedad o los responsables de la entidad sean conscientes de la existencia de incertidumbres importantes, relativas a eventos o condiciones que puedan aportar dudas significativas sobre la posibilidad de que la empresa siga funcionando normalmente, procederán a revelarlas en el apartado “Bases de presentación de las cuentas anuales” de la memoria. No obstante, como dispone el propio PGC, si las incertidumbres ponen de manifiesto que no existe una alternativa más realista que aceptar la quiebra del citado principio (de “empresa en funcionamiento”), en ese apartado se requiere que tal hecho sea objeto de revelación explícita, junto con las hipótesis alternativas sobre las que hayan sido elaboradas, así como las razones por las que la empresa no pueda ser considerada como una empresa en funcionamiento”, proporcionando, de seguido, y a modo enunciativo, a continuación se proporcionan ejemplos de hechos o de condiciones de naturaleza financiera, operativa, legales o de otra índole que, individual o conjuntamente, pueden generar dudas significativas sobre la continuidad de la empresa y que los responsables de la empresa deben ponderar, financieros, operativos, legales y de otra índole.

¹⁰⁸² Resolución de 18 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento (BOE de 25 de octubre de 201), apartado II, que, de seguido, precisa lo siguiente: “en la actualidad, la respuesta a esta pregunta necesariamente tiene que venir precedida de un análisis de la regulación vigente sobre la liquidación incluida en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), aprobado por el Real Decreto” y tras aludir a los artículos 383, 384, 388.2, 390.1, 396 de aquella Ley, 274 RRM, 46, 147 y 152 LC, afirma que “en este contexto, es decir, ante la obligación mercantil de formular cuentas anuales, la cuestión a resolver consiste en determinar si es posible fijar un marco de información financiera, cuyo cumplimiento, permita afirmar a los administradores de la sociedad que las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, y más específicamente, si ese marco se sitúa dentro del PGC o extramuros del MCC”.

¹⁰⁸³ Resolución de 18 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento (BOE de 25 de octubre de 201), apartado III.

¹⁰⁸⁴ Indican IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “*Lección 18. Sociedades de Capital. Aspectos Básicos*”, en AAVV. Lecciones de Derecho Mercantil” (duodécima edición, Menéndez, A. y Rojo, A., Directores), v. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2014, p. 417-418: “Históricamente, la sociedad anónima ha sido el modelo de sociedad de capital con más presencia en la actividad económica, tanto por su especial aptitud para canalizar recursos hacia iniciativas empresariales de cierta dimensión como por su mayor tradición jurídica (...) La sociedad anónima, con todo, se presenta como el modelo de sociedad predispuesto por el ordenamiento para atender las peculiares exigencias organizativas y funcionales de las grandes empresas, entre las que continúa siendo el tipo social más empleado. En particular, la sociedad anónima es la forma característica de las sociedades cotizadas o bursátiles, que agrupan en su seno a miles de accionistas y que por lo general comprenden a las empresas de mayor tamaño y relevancia”.

¹⁰⁸⁵ GALBRAITH, J. K., op. cit. (*Historia de la Economía*), p. 315

¹⁰⁸⁶ Recogiendo los aspectos funcionales, objetivo y laboral de la empresa que precisan SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*, v. I), pp. 102-103, puede concluirse que la actividad “organizadora” es determinante de la noción misma de empresario, así: a) el “aspecto funcional” de la empresa refiere “actividad organizadora del empresario”; b) el aspecto objetivo de la empresa supone que “el empresario organiza un conjunto de bienes que son el medio para obtener su finalidad económica”, c) el aspecto laboral de la empresa alude a que el empresario “organiza a un conjunto de personas, que están en una relación de dependencia respecto a él”; El trabajo propio de la economía industrial “se prestará desde la libertad, pero en la organización de las fábricas. Que, a la postre, un contrato, y luego el contrato de trabajo, constituyan el soporte de la relación de trabajo asalariado es producto de una evolución que incorpora a la idea de contrato la de subordinación lo que, probablemente, arranca de la necesidad de organizar el trabajo en la fábrica buscando sistemas de control y disciplina de obreros a partir tanto de los viejos moldes (domésticos, regulación estricta de los gremios) como de las nuevas experiencias”, indica ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “*La construcción jurídica del contrato de trabajo*”, Editorial Comares, Granada 2011, p. 3; Bien entendido que, a la hora actual, “el carácter laboral del vínculo no queda desmentido por la amplitud del grado de autonomía de que disponga el trabajador para ejecutar su prestación” (SSTS, Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 1983 y 20 de septiembre de 1984; SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008 y 21 de abril de 2009). Por ello la dependencia se ubica en el núcleo de las tendencias tanto reductoras como expansivas de los límites subjetivos contrato de trabajo, indica MONTOYA MELGAR, A., “*Tendencias actuales sobre el ámbito personal del Derecho del trabajo*”, ARAJL, núm. 36, 2006, pp. 65 ss., que precisa, p. 88, “desde luego, y como balance general, en esa combinación de tendencias reductoras y expansivas, éstas últimas predominan, confirmando con ello la función protectora que caracteriza al Derecho del Trabajo desde sus orígenes. Por añadidura, la reducciones producidas, todas ellas, a favor del Derecho Mercantil (administradores con cargo de alta dirección, agentes mercantiles, transportistas con vehículo propio) no dejan de presentar difíciles problemas de delimitación y frontera de este sector del Derecho y el del Trabajo”.

¹⁰⁸⁷ En ese sentido POSNER, R. A., op. cit. (*Análisis económico del Derecho*), pp. 626 ss.

¹⁰⁸⁸ “De las cinco notas que identifican la relación del trabajo, tres -voluntariedad, personalidad y retribución- son comunes a otras relaciones contractuales de distinta naturaleza jurídica, por el contrario, la ajeneidad y la dependencia son determinantes y consustanciales al contrato de trabajo aportando un sesgo diferencial respecto de otras realidades productivas. Y de estas dos notas es la dependencia jurídica la que mayor fuerza de identidad otorga a la relación laboral. Por dependencia laboral hay que entender dependencia jurídica, obediencia las órdenes que sobre el trabajo encomienda el empresario, y debe diferenciarse de cualquier otro tipo de vinculación ajena al ámbito del Derecho del trabajo. Si bien toda relación de laborales dependiente, no toda relación dependiente es laboral”, indican las SSTSJ, de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de septiembre de 2005, 28 de diciembre de 2007 y 11 de julio de 2014; La “ajeneidad”, que supone: a) bien que la titularidad ab initio del resultado de la prestación del trabajo al empresario, entendiendo: i) que “por cuenta ajena” supone que los frutos del trabajo se transfieran “ab initio” al empresario por el hecho del contrato y éste asume la obligación de pagar un salario con independencia de la obtención de beneficios, de manera que la posibilidad de beneficios o pérdidas se imputan sólo al empresario, existiendo para el trabajador una ajeneidad en los riesgos”, según indican las SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2005 y 1 de diciembre de 2008; ii) “Lo esencial de la ajeneidad es que el trabajador se desentienda -por la cesión inicial de los frutos de su trabajo- del resultado favorable o adverso; bien entendido que la traslación del riesgo que se opera es simplemente en su aspecto económico, y nunca en su aspecto laboral, pues todo trabajador afronta el riesgo que deriva de su propio trabajo, indica De LA VILLA, L. E., “*El trabajador a domicilio*”, en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*” (Palomeque López, M. C., y García-Perrote Escartín, I., coordinadores), Ediciones CEF, Madrid 2006, p. 616, que precisa en p. 617, la dependencia es “presupuesto del trabajo que disciplina el Derecho del trabajo”; La atribución por el trabajador de las utilidades del trabajo y recepción por el empresario, “quedaría incompleta si no se acompañara de la atribución paralela del poder de ordenar la prestación del trabajo al preciso fin que el empresario destine”. indica MONTOYA MELGAR, “*Derecho y Trabajo*”, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1997, p. 28; La razón de semejante atribución de poder sobre determinadas personas físicas, los trabajadores, es meramente funcional y encuentra su razón de ser en la institución misma de la empresa; Si la dependencia (nota de la relación laboral concretada por primera vez en el ET de 1980, no habiéndolo hecho ni la LCT de 1931, ni la LCT de 1944 ni la LRL de 1976) “caracteriza esencialmente al contrato de trabajo”, entonces el trabajador se encuentra sujeto a la esfera organizativa-rectora y disciplinaria del empresario, indica la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 5 de febrero de 2008, y a su ausencia se atribuyen “consecuencias eliminadoras de la laboralidad”, precisan las SSTSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 16 de mayo de 2007 y de Cantabria de 15 de enero de 2010, por ello cualquier otra circunstancia, tal como la “responder del buen fin, no es dato de exclusión para

esa valoración de la relación entre las partes, para excluirla o incardinarla en el contrato de trabajo. Existe pues la necesidad de encontrar otro dato de diferenciación que la Ley lo establece atendiendo al criterio de la dependencia”, destacan las SSTSJ, Salas de lo Social, de Madrid de 16 de mayo de 2007 y de Cataluña de 5 de febrero de 2010. La ajeneidad ha dejado de ser el elemento definitorio del contrato de trabajo, respecto de aquellos otros contratos en los que se actúa un interés de otro (ajeno), habiéndose trasladado dicha característica delimitadora a la “dependencia”, a quedar el trabajador incluido en el ámbito de “organización y dirección” de otro sujeto, el empresario; La “dependencia” determina “básicamente que el que trabaja bajo este régimen no tiene capacidad para organizar su trabajo, prestándolo bajo las órdenes del empleador, residiendo esta circunstancia en la posición de subordinación del trabajador al empresario que tiene el poder de dirección del trabajo, esto es, de determinar su contenido, su cualidad y el resultado pretendido”, precisa la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2009; Bien entendido que “el carácter laboral del vínculo no queda desmentido por la amplitud del grado de autonomía de que disponga el trabajador para ejecutar su prestación”, destacan las SSTS, Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 1983 y 20 de septiembre de 1984; en el mismo sentido las SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008 y 21 de abril de 2009; Como la esencia de la relación jurídica de trabajo se sitúa conjuntamente en la atribución al empresario de la utilidad patrimonial del trabajo y del poder de disponer de este trabajo, no se revisa en este punto la teoría de la empresa; GÓMEZ IGLESIAS-CASAL, A., “*La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*”, Cuadernos Civitas, Madrid 1995, pp. 81, 82 y 83, siguiendo a Álvaro d’Ors, “propugna una revisión de la empresa, que se base en un orden laboral no conflictivo y que debería apoyarse en un nuevo orden jurídico. Tal nuevo orden debe pasar por una superación de la actual configuración de la empresa (...) el trabajador sigue siendo objeto de arrendamiento, pues produce unos “frutos” (...). En primer lugar, en inversionista debe considerarse como un mero prestamista, no como socio (...) la empresa debe configurar sus relaciones con los trabajadores, no por medio de un contrato de trabajo, sino con un contrato de sociedad (...). Tales proposiciones (...) vienen a propugnar el abandono del “arrendamiento” de los servicios de trabajador a favor de la constitución de un contrato de sociedad, dentro de la nueva concepción de la empresa”; “Lo característico del contrato de trabajo contemplado históricamente no es la relación de subordinación o dependencia del trabajo sino su limitación paulatina”, precisa ALONSO OLEA, M., “*Las raíces del contrato de trabajo*”, AARAJL, núm. 21, 1989 p. 415, pero no su eliminación pues supondría la desaparición del modelo de relaciones industriales emergentes de la Revolución Industrial. En ese sentido precisa la STC 192/2003, de 17 de octubre, que “desde sus orígenes, la legislación sobre el contrato de trabajo viene siendo una legislación limitativa del poder empresarial que a causa de ella dejó de ser absoluto; y limitativa asimismo de la “lealtad absoluta” del trabajador”.

¹⁰⁸⁹ Grupo humano interno que se diferencia del grupo humano externo a la empresa, como son los receptores de productos, como los clientes consumidores, los proveedores de inputs, de medios financieros, así aquellos a quienes afecte indirectamente la actividad de la empresa, sean o no competidores, y las Administraciones públicas.

¹⁰⁹⁰ Esta fundamentación de la normativa comunitaria referente a la transmisión de empresas ha sido manifiesta desde la constitución de la Comunidad Económica Europea (tal como sucedía a la altura de 1977), habiendo resultado tal circunstancia explicitada en la STJC de 29 de septiembre de 1987 (asunto 126/86, Gimenez Zaera) y por más que en otras resoluciones como en la sentencia de 7 de febrero de 1985 (Hables) se refiera a la finalidad de “promover y mejorar las condiciones de vida de los trabajadores” con alusión al artículo 117 del Tratado. Ha de repararse en la habilitación, de la Comunidad Europea, exclusivamente económica, cuando adoptó la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

¹⁰⁹¹ STSJ de País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 1991; No puede perderse de vista que el traspaso de una empresa rentable en muchas ocasiones no deja de ser un premio que el mercado ofrece a los empresarios más eficientes o a las grandes unidades que actualmente dominan el sistema económico, constituyendo siempre un modo de organizar el mercado y la competencia, según GALBRAITH, J. K. op. cit. (*Historia de la Economía*), p. 320, añadiendo que el traspaso de empresas en crisis contribuye al mantenimiento de tales unidades económicas.

¹⁰⁹² STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto C-458/12, Lorenzo Amatori y otros.

¹⁰⁹³ STJUE de 2 de diciembre de 1999, asunto C-234/98, Allen y otros

¹⁰⁹⁴ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2014.

¹⁰⁹⁵ STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto C-458/12, Lorenzo Amatori y otros.

¹⁰⁹⁶ Es procedente traer a colación la observación de PIKETTY, T., op. cit. (*El capital en el siglo XXI*), 60-61, según la cual son razones suficientes para excluir al “capital humano” del “capital (patrimonio o riqueza)”, las siguientes: “Esta capital no puede ser poseído por otra persona ni intercambiado en un mercado, o por lo menos no de modo permanente. Esto constituye una diferencia esencial respecto de las demás formas de capital. Desde luego, es posible rentar los servicios de su trabajo, en el marco de un contrato laboral. Pero, en todos los sistemas legales modernos, esto solo puede hacerse sobre una base temporal y limitada en el tiempo y en el uso, exceptuando, desde luego, las sociedades esclavistas, en las que es posible poseer de manera plena y completa el capital humano de otra persona, incluso de sus eventuales descendientes. En semejantes sociedades es posible vender a los esclavos en un mercado y transmitirlos por sucesión, y es frecuente sumar el valor de los esclavos al valor a los otros elementos del patrimonio de los propietarios (...). Pero fuera de esos casos muy particulares, y a priori superados, no tiene mucho sentido pretender sumar el valor del capital humano al del capital no humano. A lo largo de la historia estas dos formas de riqueza desempeñaron papeles fundamentales y complementarios en el proceso de crecimiento y desarrollo económico y sucederá lo mismo en el siglo XXI”

¹⁰⁹⁷La jurisprudencia comunitaria (SSTSCE de 10 de febrero de 1988, asunto 324/86, Daddy ‘Dance Hall, y de 5 de mayo de 1988, asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Berg y Busschers) estableció que los preceptos de la Directiva 2001/23 tenían carácter imperativo, y en particular los relativos a la protección de los trabajadores contra el despido por causa de la transmisión, de tal manera que un trabajador no podía renunciar a los beneficios que aquella le confería, ni tan siquiera mediante el otorgamiento de beneficios que comparativamente le colocasen en mejor situación. Aquella jurisprudencia precisó también que los preceptos de la Directiva comunitario no eran susceptibles de ser alterados por pactos entre los empresarios, cedente y cesionario, desfavorables a los intereses de los trabajadores, aun cuando contasen con el consentimiento favorable de los propios trabajadores o de sus representantes sindicales (STJCE de 25 de junio de 1991, asunto C-362/98, D’Urso y otros), y que los contratos de trabajo o relaciones laborales que vinculaban al personal de la empresa transmitida dejaban de vincular al cedente y continuaban con el cesionario, al que eran transferidos de pleno derecho por el solo hecho de la transmisión de la empresa. El Tribunal de Justicia comunitario, en sus sentencias de 15 de octubre de 1996, asunto C-298/94, Henke y Schierke y de 14 de noviembre de 1996, asunto C-305/94, Rtsart, Benoidt y IGC Housing, sentó la doctrina siguiente: a) Que “los contratos de trabajo y las relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente y los trabajadores asignados a la empresa transmitida se transfieren de pleno derecho del cedente al cesionario por el mero hecho de la transmisión, de la empresa, a pesar de que el cedente o el cesionario se opongan a ello y no obstante la negativa de éste último a cumplir sus obligaciones”, y, b) Que “la transferencia de los contratos de trabajo no puede quedar supeditada a la voluntad del cedente o del cesionario y, en particular, el cesionario no puede oponerse a la Directiva negándose a cumplir sus obligaciones”. Es de destacarse que no se opone a ese carácter imperativo o de derecho necesario de la normativa comunitaria su carácter de regulación mínima. Aquella norma establece en su artículo 8, que lo dispuesto en la misma no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores. Manifestaciones explícitas, en aquella regulación, de su naturaleza imperativa pueden considerarse e contenido de sus artículos 3.2 y 6.4, los cuales establecen que los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar que el cedente notifique al cesionario todos los derechos y obligaciones que se transferirán al cesionario, en la medida en que en el momento del traspaso el cedente tenga o debiera haber tenido conocimiento de dichos derechos y obligaciones, pero que en caso de que el cedente no notifique al cesionario alguno de estos derechos u obligaciones, ello no afectará al traspaso del derecho o de la obligación ni a los derechos de los trabajadores frente al cesionario o al cedente en relación con dicho derecho u obligación, y que las obligaciones (de información) serán aplicables independientemente de que la decisión conducente al traspaso sea adoptada por el empresario o por una empresa que lo controle. La “subrogación interviene de pleno derecho por la mera circunstancia del traspaso, tutelando el interés prevalente a la prosecución de la relación laboral en todos sus extremos, para que no se extinga ni se perjudique, habida cuenta de que la prestación básica del patrono –la salarial- carece de carácter personalísimo”, indican las SSTJCE de 25 de julio de 1991, asunto C-362/89, D’Urso y otros, de 14 de noviembre de 1996, asunto C-305/94, Rotsart de Hertaing y de 26 de mayo de 2005, asunto C-478/03, Celtec.

¹⁰⁹⁸STJUE de 26 de mayo de 2005, asunto C-478/03, Celtec Ltd, John Astley y otros.

¹⁰⁹⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*, v. I), p. 104; Desde el rigor de las categorías jurídicas generales, el fenómeno de la sucesión del cesionario en las obligaciones y derechos del cedente, en las transmisiones de empresas, se ha reconducido a

la figura, de por sí polémica, de la novación subjetiva, si bien alguna resolución jurisdiccional, como la STCT de 2 de febrero de 1979, se aluda a la novación objetiva. En línea con el acontecer novatorio la STSJ del País Vasco de 29 de abril de 1997, indica lo siguiente: “El art. 44 ET contempla como presupuesto básico un cambio de titularidad o novación subjetiva de la persona del empresario, apareciendo así una empresa cedente que se extingue, y otra cesionaria que a partir de dicho momento comienza a ser titular del negocio de la actividad que permanece”. Aluden también a novación subjetiva las SSTSJ del mismo Tribunal de 28 de febrero de 1991, y de Galicia de 5 de febrero y 20 de mayo de 1993. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 26 de enero de 1987; 3 y 16 de febrero de 1987; 7 y 9 de marzo de 1987, 30 de junio de 1988, etc. Sin embargo la cuestión novatoria no es tan pacífica como puede parecer a primera vista. Efectivamente como manifiesta la STSJ de Baleares de 25 de abril de 1981: a) por una parte “desde un principio, ha venido manteniéndose discusión sobre si se trata de una novación auténtica, ya que no existe pacto novatorio entre el primer empresario y sus trabajadores sobre la sustitución del empresario”; b) Por otra parte además también se ha cuestionado si lo que realmente acontece no es una cesión de créditos o asunción de deuda, lo cual, al decir de aquella resolución judicial también puede cuestionarse ya que la sucesión de empresa es más amplia al operar “al margen del acuerdo o convenio tripartito característico de la cesión (pacto entre cedente, cesionario y cedido) y son irrelevantes en ella en ciertos aspectos la voluntad del empresario cedente, cesionario y del trabajador cedido”. En todo caso parece que los principios de conservación del negocio y de estabilidad en el empleo determinarían el carácter meramente modificativo de semejante novación. La polémica novatoria en torno al instituto de la “sucesión de empresa”, se ha residenciado en si puede ya seguirse considerando que solo la estabilidad en el empleo constituye el fundamento de aquella importante institución laboral, en un sistema productivo que tiene como principales agentes a las empresas, y en el momento actual a las grandes empresas o corporaciones, o si también el mantenimiento de esas empresas operativas en el mercado, constituye una de las finalidades perseguidas con la “sucesión de empresas”.

¹¹⁰⁰ “Es genético al contrato de trabajo asalariado la autotutela que, como elementos esenciales, han acompañado al trabajo que se presta libremente, pero en situación de subordinación”, indica ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., op. cit. (*La construcción jurídica del contrato de trabajo*), p. 134.

¹¹⁰¹ La STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 2 de diciembre 2014, establece que en términos generales, “el parámetro del art. 1,1 ET deslinda las distintas relaciones, distinguiéndose entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios, y siendo la nota característica de aquél la prestación de un servicio por cuenta ajena o la denominada nota de ajeneidad. Esta significa que el empresario adquiere originariamente los frutos del trabajo, y lo que contrata es el trabajo mismo; por el contrario en la relación del trabajador autónomo y el arrendamiento de servicio, el arrendatario realiza una actividad propia, su obra, cualquiera que sea su manifestación, es adquirida de forma derivada, traslativa, y es la que se obtiene por el arrendador. No es por tanto el trabajo o la actividad, sino su resultado, y de aquí las distintas notas configuradoras del trabajo por cuenta ajena frente al autónomo, que son la dependencia, la integración dentro de la empresa, la remuneración por el trabajo y no por el servicio, la asunción de riesgos empresarial y no por el autónomo, y otros elementos tanto espaciales como materiales (prestación de servicios en el sistema productivo, utilización de maquinaria, herramientas y productos empresariales). Por tanto la calificación del contrato de trabajo no deviene de la denominación utilizada por las partes, sino de las notas configuradoras del contrato, ya que los contratos son lo que son y no aquello que las partes quieren que sean. Y, colocados en esta tesitura, las notas características de la relación laboral son ajeneidad, dependencia, trabajo personal, y salario”.

¹¹⁰² Siguiendo el criterio indica en las SSTSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de septiembre de 2005, 28 de diciembre de 2007 y 11 de julio de 2014.

¹¹⁰³ OLCENSE, A., RODRÍGUEZ, M. A. y ALFARO, J., op. cit. (*Manual de la empresa responsable y sostenible*), pp. 35 y 47, sobre los valores y principios de la empresa tradicional, y de la empresa responsable y sostenible.

¹¹⁰⁴ Destaca la importancia sobresaliente de los trabajadores en la empresa la STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13, Ambisig - Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, SA y Nersant - Associação Empresarial da Região de Santarém, Núcleo Inicial - Formação e Consultoria Lda, según la cual: “La calidad de la ejecución de un contrato público puede depender de manera determinante de la valía profesional de las personas encargadas de ejecutarlo, valía que está constituida por su experiencia profesional y su formación. Así sucede en particular cuando la prestación objeto del contrato es de tipo intelectual, y se refiere, como en el caso de autos, a servicios de formación y consultoría. Cuando un contrato de esta índole debe ser ejecutado por un equipo, son las competencias y la experiencia de sus miembros los aspectos determinantes para apreciar la calidad profesional de dicho equipo. Esa calidad puede ser una característica intrínseca de la oferta y estar vinculada al objeto del contrato”; Asimismo el Abogado General, Sr. Melchior Wathelet, en las conclusiones presentadas el 18 de diciembre de 2014, en el asunto C-601/13, abunda en éste extremo, indicando lo siguiente: “37. No cabe duda que, en los contratos de servicios intelectuales, no se examina

únicamente la capacidad del licitador sino también la capacidad (o la experiencia profesional) del personal al que se encomendará la prestación de tales servicios, es decir, al “personal clave” identificado en la oferta; 38. Los conocimientos, experiencia y eficacia generales del equipo de trabajo son pues características intrínsecas de la oferta de servicios (...) en la medida en que son objeto de una apreciación sobre la calidad de la oferta y no de la aptitud económica, técnica y profesional del licitador para garantizar una buena ejecución del contrato. 75. Muchos artículos de la doctrina sostienen asimismo que la valoración del equipo técnico que haya de afectarse a la ejecución de un contrato puede constituir un aspecto de la oferta y no una característica del licitador y que, por ello, puede ser un factor a tener en cuenta en la elección de la oferta económicamente más ventajosa”, con cita de ORTHMANN, M., “*The experience of the bidder as award criterion in EU public procurement law*”, Humboldt Forum Recht, 2014, n° 1, p. 4, en donde sostiene que: “throughout the EU, contracting authorities already seem to have adopted a flexible interpretation of the rule and to follow a pragmatic approach in dealing with the criterion “experience” (...) In general, contracting authorities indeed encounter the problem of experience as an award criterion mostly in cases concerning services of a more complex nature (...). National courts seem to have adopted a soft interpretation of the rule (...) allowing the contracting authorities to take into account experience where it is linked to the subject-matter of the contract (...) and has not been established as a selection criterion (Oberlandesgericht München, resolución de 10 de febrero de 2011, N° Verg 24/10; Oberlandesgericht Düsseldorf, resolución de 5 de mayo de 2008, N° Verg 5/08, Oberlandesgericht Düsseldorf, resolución de 28 de abril de 2008, N° Verg 1/08)”; También de LEE, P., “*Implications of the Lianakis decision*”, Public Procurement Law Review, 2010, p. 52, donde afirma lo siguiente: “The recitals in the old directives were silent regarding award criteria. This change clarifies that where criteria are relevant to assess the “performance offered” by each tenderer, it is an appropriate and valid award criteria. This provision changes the emphasis that might have existed in the old directives, and clarifies that criteria, where they assess the “level of performance”, must be valid criteria regardless of whether it was also a selection criterion. How else is the anticipated level of performance in a services contract to be evaluated? Does not the experience of the specific personnel offered become a necessary evaluation criterion? Perhaps the anticipated level of performance and the mere ability to perform are different. A League One soccer player has the ability to “perform” in a soccer match, but the anticipated level of performance would be significantly different from that of a premiership player”, de ARROWSMITH, S., “*EU Public Procurement Law: An Introduction*”, University of Nottingham, 2010, p. 173 y 174, donde precisa: “Lianakis does not preclude considering either the abilities of the tenderer or the qualities of the individuals or team that will be working on the contract to the extent that these are actually relevant to the quality of the work that will be done under the contract i.e. to determining which offer is the most economically advantageous. In this respect, it can be argued that on the facts of Lianakis the experience and manpower of the tenderer was not actually used to assess the quality of the services but in an arbitrary fashion that had no relevance to that question - tenderers were given higher scores for different types and extent of experience without actually considering the relevance of this to the services to be performed (which were actually of relatively low value)”, y de PETERSEN, F., “*Refining the rules on the distinction between selection and award criteria - Evropaiki Dynamiki v Commission (T-589/08)*”, Public Procurement Law Review, 2011, p. NA246”, en donde infiere: “The present ruling (...) interprets (the) case law (of the Court) in a flexible way, as it clearly approved the consideration of the experience and qualifications of the proposed team members when evaluating the relative advantages of the proposed project management within the third award criterion. For the purpose of that evaluation it expressly applied the test whether the applicant's tender had shown the ability of its proposed team to properly deliver the objectives of the contract (...) So it seems that the General Court considers the experience and qualifications of the team members offered to perform the specific contract to be admissible considerations for the award decision. The experience and qualifications of the team offered in the tender is, according to the General Court, relevant to establish the tenderer's ability to properly deliver the contract, which clearly is a quality criterion relevant to identifying the most economically advantageous tender”.

¹¹⁰⁵ Es preciso recordar el gran tratado de Adam. Smith, “*An Inquiry into de Nature and Causes of the Wealth of Nations*”.

¹¹⁰⁶ RONCAGLIA, A., “*El mito de la mano invisible*”, Genuve Ediciones, Zaragoza 2011, pp. 66-67.

¹¹⁰⁷ Cuyo fundamento puede también buscarse en la circunstancia de que “la relación laboral no es únicamente una elación mercantil, sino también y sobre todo una relación social entre el empleador y sus trabajadores, así como de los trabajadores entre sí. La existencia de esta red organizada der relaciones sociales es lo que singulariza el intercambio laboral de la “compraventa” de cualquier otro servicio o factor de producción, d ahí que no sólo se defiendan valores patrimoniales, sino también extrapatrimoniales, ni tenga una dimensión individual sino también colectiva o social”, afirman VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., “*Manual de Derecho del Trabajo*”, Editorial Comares, Granada 2014, p. 7; Sobre la importancia de los recurso humanos en las empresa moderna

(responsable y sostenible), OLCENSE, A., RODRÍGUEZ, M. A. y ALFARO, J., op. cit. (*Manual de la empresa responsable y sostenible*), pp. 118-148.

¹¹⁰⁸ “Plantear una fórmula puramente desreguladora (también) en el terreno laboral, en la que desaparezcan las garantías legales de la posición individual de los trabajadores o las facultades colectivas”, afirma la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2005.

¹¹⁰⁹ Por otra parte el Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que se rige por el principio de “aplicación universal” (según el cual la ley designada por el mismo “se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”, artículo 2), y “orden público del foro”, proclama que “la libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales” (Considerando 10 y artículo 3), se concreta en relación con el contrato de trabajo en su artículo 8), precisándose el mínimo de que “los trabajadores no deben verse privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que solo puedan excluirse en su beneficio” (Considerando 35), estableciendo además la operabilidad del principio de subrogación legal (artículo 15).

¹¹¹⁰ Según resulta del Reglamento 593/2008, “el empresario y el trabajador pueden elegir la ley aplicable al contrato individual de trabajo, en cualquier momento y de manera expresa o implícita, siempre que se respete un nivel mínimo de protección jurídica del que debe disfrutar el trabajador. En consecuencia, el pacto de elección de la ley en el contrato de trabajo no es válido si la ley elegida por las partes implica que el trabajador disfruta de un nivel jurídico de protección inferior que el que le proporciona la ley del país en que el trabajador desempeña habitualmente su labor o, en su defecto, la ley del país en que se encuentra el establecimiento a través del cual ha sido contratado el trabajador. En otras palabras, la ley elegida por el empresario y el trabajador regulará el contrato laboral sólo si ésta respeta la protección jurídica mínima que al trabajador garantiza la ley del país en que realiza habitualmente su trabajo o, subsidiariamente, la ley del país en que se encuentra el establecimiento que contrata al trabajador. Ahora bien, la ley elegida por las partes contratantes no deviene ineficaz en su conjunto, sino sólo en aquellos aspectos en los que la ley aplicable en defecto de pacto proporcione al trabajador protección más alta que la ley estatal elegida por ellos”, afirma ORTIZ VIDAL, M. D., “*La ley aplicable al contrato internacional de trabajo y el principio de proximidad y de seguridad jurídica internacional: Cooperadores necesarios*”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), núm. 385, abril de 2015, pp. 54-55; En el sentido expuesto STJUE de 15 de marzo de 2001, asunto C-165/98, André Mazzolent e Inter Surveillance assistance SARL.

¹¹¹¹ Cuya explicación precisan atinadamente las SSTSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 21 de marzo de 2013, en los siguientes términos: “Respecto que la sucesión de empresa, regulada en el artículo 44 del ET, que impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, cuando, en virtud del principio de legalidad, sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, y sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44, concurran determinadas circunstancias. La interpretación jurisprudencial sobre la materia ha señalado, a la luz de la normativa Comunitaria Europea -Directiva 77/187 CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50 CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23 CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001- y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Que el supuesto de hecho del citado precepto, al que se anuda la consecuencia jurídica de la sucesión o subrogación de un nuevo empleador en la posición del anterior empresario, los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia ley española, determinantes de una “transmisión” del objeto sobre el que versa (la “empresa” en su conjunto, un “centro de trabajo”, o una “unidad productiva autónoma”) por parte de un sujeto “cedente”, que es el empresario anterior, a un sujeto “cesionario”, que es el empresario sucesor. Sobre el concepto de transmisión o traspaso de empresa, son actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, que pueden ser una “cesión contractual” o una “fusión” (art. 1.a). Una segunda precisión versa sobre el objeto de la transmisión en dichos actos de transmisión o traspaso, que comprende en principio cualquier “entidad económica que mantenga su identidad” después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal “un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria” (art. 1.b). Una tercera precisión del concepto de transmisión de empresa en el Derecho Comunitario, trata de las modalidades de su aplicación en las empresas y Administraciones Públicas (art. 1.c). El artículo 44.1 del ET se refiere a “cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una

unidad productiva autónoma”, utilizándose en el apartado 2 de dicho artículo 44 la expresión “transmisión”, procediendo a establecer en que supuestos se considera que existe sucesión de empresa de forma similar a la regulación contenida en el artículo 1.b) de la Directiva. En efecto, a tenor del precepto, se considera que existe sucesión de empresa, cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio (art. 1 b de la Directiva). El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, (...), consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude. La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada, como entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio. Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión. El hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente. Una segunda cuestión se plantea respecto a si el concepto de “transmisión de un conjunto de medios organizados”, necesarios para llevar a cabo su actividad, requiere que haya transmisión de la propiedad del cedente al cesionario, o no es necesario que el cesionario adquiera la propiedad de tales elementos para que exista sucesión empresarial. No es importante si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales “la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa”. El título de cesión no es lo importante, sino poseer la titularidad del negocio, constituyendo la cesión de bienes, antes relacionados, un negocio cuya titularidad se cede, en palabras del Estatuto y de la Directiva una entidad económica con propia identidad”; Al fenómeno sucesorio laboral ex artículo 44 ET, se refiere ESTEBAN RAMOS, L. M^a, op. cit. (*Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección*), p. 62.

¹¹¹² Una explicación de la legislación española a la luz de normativa de la Unión Europea se efectúa por la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 24 de julio de 2014, según la cual: “La Directiva 98/59 CE, de 29 de junio de 1998, ha aclarado este concepto genérico de transmisión o traspaso de empresa, a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en la materia. Esta aclaración se efectúa, según puntualiza el preámbulo de dicha disposición de la CE, “a la luz de la jurisprudencia” del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La exposición de motivos de la propia Directiva 98/50 se encarga de señalar a continuación, que la aclaración efectuada “no supone una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE de acuerdo con la interpretación del Tribunal”. Una primera precisión sobre el concepto de transmisión o traspaso de empresa del nuevo art. 1 de la Directiva Comunitaria se refiere a los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, que pueden ser una “cesión contractual” o una “fusión” (art. 1.a.). Una segunda precisión versa sobre el objeto de la transmisión en dichos actos de transmisión o traspaso, que comprende en principio cualquier “entidad económica que mantenga su identidad” después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal “un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio” (art. 1.b). Una tercera precisión del concepto de transmisión de empresa en el Derecho Comunitario, que no viene al presente caso, trata de las modalidades de su aplicación en las empresas y Administraciones Públicas (art. 1.c.)”. La normativa Comunitaria alude a “traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad” (artículo 1.a de la Directiva 2001/23/CEE, del Consejo de 12 de marzo de 2001), en tanto el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a “cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”, utilizándose en el apartado 2 de dicho artículo 44 la expresión “transmisión”, procediendo a establecer en que supuestos se considera que existe sucesión de empresa de forma similar a la regulación contenida en el artículo 1 b) de la Directiva. En efecto, a tenor del precepto, se considera que existe sucesión de empresa , cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin

de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio (art. 1 b de la Directiva). El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, (...), consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas de 18 de marzo de 1986, Spijkens, 24/85 ; de 11 de marzo de 1997 , Süzen , C-13/95 ; de 20 de noviembre de 2003 , Ablery otros, -340/01 y de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres, C.232/04 y 233/04). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia de 19 de septiembre de 19956, Rygaard, C-4888/94), infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen y Ablery y otros, antes citadas). Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (asunto Süzen antes citado)". En todo caso (...), hay que tener presente que el elemento característico de la sucesión de empresa es la transmisión "de una persona a otra" de "la titularidad de una empresa o centro de trabajo", entendiendo por tal "una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente". El mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" o que luego "se reanude".

¹¹¹³ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala delo Social, 3 de septiembre de 2013.

¹¹¹⁴ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A, "*Información y consulta a los trabajadores en la empresa*", AARAJL núm. 38, 2008, pp. 561-562.

¹¹¹⁵ "La información, la consulta y la participación deben llevarse a cabo en el momento oportuno, y en particular cuando se produzcan reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores", se afirma en el Considerando 3 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, relativa a la protección de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Además, como precisa en su artículo 3: "2. Los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar que el cedente notifique al cesionario todos los derechos y obligaciones que, en virtud del presente artículo, se transferirán al cesionario, en la medida en que en el momento del traspaso el cedente tenga o debiera haber tenido conocimiento de dichos derechos y obligaciones. En caso de que el cedente no notifique al cesionario alguno de estos derechos u obligaciones, ello no afectará al traspaso del derecho o de la obligación ni a los derechos de los trabajadores frente al cesionario o al cedente en relación con dicho derecho u obligación".

¹¹¹⁶ Indican los considerandos 13 y 14 de la Directiva 2005/56, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital lo siguiente: "(13) Si los trabajadores ejercen derechos de participación en una de las sociedades que se fusionan, con arreglo a los supuestos contemplados en la presente Directiva, y si la legislación nacional del Estado miembro en que tenga su domicilio social la sociedad resultante de la fusión transfronteriza no prevé el mismo nivel de participación que el aplicado en las correspondientes sociedades que se fusionan -también en los comités del órgano de control con poderes decisorios-, o no prevé la misma facultad para ejercer derechos a trabajadores de sociedades resultantes de la fusión transfronteriza, la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza así como su implicación en la definición de tales derechos debe regularse. A tal fin, deben tomarse como base los principios y procedimientos del Reglamento (CE) no 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, relativo al estatuto de la sociedad anónima europea y de la Directiva 2001/86/CE del Consejo de 8 de octubre de 2001 por la que se completa el estatuto de la sociedad anónima europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, supeditados no obstante a las modificaciones que resulten necesarias al estar sujeta entonces la sociedad resultante a las legislaciones nacionales de los Estados miembros en que tengan su domicilio social. De conformidad con el artículo 3, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/86/CE, los Estados miembros pueden velar por el inicio inmediato de las negociaciones con arreglo al artículo 16 de la presente Directiva con objeto de no retrasar innecesariamente las fusiones; (14) A fin de determinar el nivel de participación de los trabajadores aplicado en las correspondientes sociedades que se fusionan, se debe tener en cuenta también la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano directivo competente dentro de las sociedades para decidir el reparto de los beneficios".

¹¹¹⁷ Considerando 2.

¹¹¹⁸ Considerando que semejante situación conllevaría bien al abandono de la relación laboral por parte del trabajador, al ser el salario contraprestación sinalagmática de su trabajo y medio de supervivencia para el

trabajador y su familia, bien a la existencia de una justa causas de extinción del contrato a instancia del trabajador, al amparo del artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, por falta de ocupación efectiva o del pago de los salarios (STS, Sala de lo social, de 19 de noviembre de 2013), bien de “despidos tácitos por hechos concluyentes o cese en la actividad”. Como afirma la STS, Sala de lo Social de 23 de julio de 1998, “en definitiva, se trata de no dar ocupación efectiva ni salario a trabajadores (...) y esta conducta de la empresa constituye un despido tácito”; La extinción contractual por voluntad empresarial puede resumirse en los siguientes términos: “a) “Para que pueda apreciarse la figura del despido tácito - en contraposición al expreso, documentado o no - es necesario que la decisión extintiva empresarial se derive de hechos concluyentes reveladores de la intención inequívoca de la empresa de poner fin a la relación jurídica- laboral, tratándose en definitiva de situar claramente en el tiempo la decisión resolutoria de la empresa y, en su caso, la inactividad impugnatoria del trabajador, a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica” (SSTs, Sala de lo Social de 2 de julio de 1985, 21 de abril de 1986, 9 de junio de -1986, 10 de junio de 986, 5 de mayo de 1988), o dicho más sintéticamente, que para que exista despido tácito es necesario que concurren “hechos o conducta concluyente” reveladores de una intención de la empresa de resolver el contrato (SSTS, Sala de lo Social de 5 de mayo de 1988, 4 de julio de 1988, 23 de febrero de 1990 y 3 de octubre de 1990); b) “Si bien la jurisprudencia examina con recelo la figura del despido tácito, que se pretende deducir de conductas equívocas de la empresa, por contrariar los principios de buena fe, básico en las relaciones contractuales y generar situaciones de inseguridad al trabajador, que, nunca, deben beneficiar a quien las ha provocado, su realidad y operatividad no deben excluirse, conforme también constante jurisprudencia, cuando existan hechos que revelen inequívocamente la voluntad empresarial de poner fin a la relación contractual” (STS, Sala de lo Social, de 4 de diciembre de 1989); Así la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 24 de julio de 2014, aborda una situación en la que se produce al despido de la única trabajadora y no se lleva a cabo la readmisión por “imposibilidad material por cese de la actividad y cierre del centro de trabajo”.

¹¹¹⁹ En este sentido por LEXIDALE/BECH-BRUUN, op. cit. (*Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive*), p. 88, apartado 3.4.16.4, “Lack of Synchrony between the Cross-Border Mergers Directive and Directive 2001/23/EC on Transfer of Undertakings”, se indica lo siguiente: “Directive 2001/23/EC on the Transfer of Undertakings is meant to safeguard the rights of employees in the event of a transfer of the business or its undertakings to a different entity. One difficulty reported by stakeholders was that cross-border mergers were not expressly mentioned in Directive 2001/23/EC, and therefore it was not clear to what extent the Transfer of Undertakings Directive applied to cross-border mergers. If the Transfer of Undertakings Directive were to apply, that would imply a different, sometimes stronger, set of obligations toward employees. In principle an argument can be made in favor of the application of Directive 2001/23/EC because, for example, Recital 12 Directive 2005/56/EC refers to the provisions of Directive 2001/23/EC, and in addition Directive 2001/23/EC does not distinguish between domestic and cross-border mergers and therefore cross-border mergers should fall into its scope. This, however, does not solve the uncertainty surrounding this question. A second problem in this regard is that the CBMD applies to both the EU and the EEA, while Directive 2001/23/EC is not extended to Norway, Liechtenstein, and Iceland”. Proponiendo, en el apartado 3.4.16.4.1 “Optional Solutions”, lo siguiente: “We suggest making a clear cross-reference between Directive 2001/23/EC and the CBMD in order to solve this lack of clarity, also with regard to the application of the Directive to cross-border mergers involving Norway, Liechtenstein, or Iceland”

¹¹²⁰ Como precisa la STJ de Canarias, sede Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2014, “respecto a los requisitos que han de darse para que entren en juego las garantías que establece el art. 44 ET en los casos de sucesión empresarial, (...) en dicho precepto desde su versión inicial hasta la actual introducida por la Ley 12/2001, se requiere la concurrencia de un elemento básico cual es el que la titularidad de la empresa o el centro de trabajo pase de una persona a otra, entendiendo por empresa o centro de trabajo una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente, o como señala el apartado 2 del texto actualmente vigente, introducido a partir de la transposición efectuada de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, que “la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio” -art. 1.b)-, pues solo a partir del cumplimiento de esa condición esencial puede empezarse a discutir sobre el alcance de aquella transmisión sobre los derechos de los trabajadores”; “El art. 44 ET regula la sucesión de empresa. Precepto que, desde la promulgación del Estatuto no había tenido cambios, hasta que la Ley 12/2001, de 9 de julio, introdujo novedades en su contenido (...), sustancialmente debidas a la necesidad de adaptar nuestro derecho interno a la normativa comunitaria, no sólo a causa de la modificación operada en ésta por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, sino por la falta de incorporación a nuestro ordenamiento de determinados mandatos de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977. Normativa comunitaria constituida, al tiempo de

promulgarse la Ley 12/2001, por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001”, precisa la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2014.

¹¹²¹ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 de septiembre de 2014, recogiendo la doctrina expuesta en las SSTs, Sala Cuarta, de lo Social, de 7 de diciembre de 2011 y de 5 de marzo de 2013; Indica la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2014: “Uno de los efectos de la sucesión de empresa que dispone el art. 44 ET en su apartado 1, mantenido tras la Ley 12/2001, es el efecto subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral. Norma de rango legal que no deja margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para poder disponer de ese concreto efecto en el caso de que concurra el supuesto de sucesión de empresa ahí previsto, por lo que cualquier convenio colectivo o pacto (individual o colectivo) que lo niegue, lo condicione o limite su ámbito de aplicación resulta nulo de pleno derecho (inciso inicial del art. 85.1 ET y art. 3.1.c ET). Ahora bien, entre los cambios introducidos en el art. 44 ET por la Ley 12/2001 se incluye la noción misma de sucesión de empresa, al establecerse en el apartado 2 del precepto que, “a efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. Descripción del fenómeno regulado que supone una evidente innovación respecto a la noción anterior, al alterar de manera esencial la descripción del objeto de la transmisión, que ya no se define como una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (pese a lo que parece del inicio del apartado 1), sino en los concretos términos del apartado 2, dadas las taxativas palabras con que éste se inicia (...). Variación de suma trascendencia cuando se advierte que esa nueva descripción de la transmisión de empresa en nuestro derecho interno resulta ser copia literal de un precepto de la Directiva 1998/50/CE (art. 1.1.b), mantenido en la Directiva 2001/23/CE (art. 1.1.b), cuando señala que se considerará traspaso, a efectos de esas Directivas, el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio. Definición cuyo origen radica, a su vez, en la jurisprudencia comunitaria sentada en interpretación del art. 1 de la Directiva 1977/187/CEE, cuando señala que el concepto de entidad objeto de la transmisión remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen, de 11 de marzo de 1997, Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, de la misma fecha, y Allen, de 2 de diciembre de 1999). No cabe duda, vista esa identidad en la descripción, que nuestro legislador ha querido que, a partir de la vigencia de la Ley 12/2001, la noción de sucesión de empresa, en nuestro derecho interno, sea la comunitaria a la sazón vigente, abandonando la que hasta ahora teníamos. Resulta obvio que, de ser la misma, no habría sido necesario cambio alguno de regulación. Pues bien, al identificarse ahora nuestra noción del objeto de la transmisión con la comunitaria se ha producido un efecto singular, como es la relevancia de la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que pasa a ser la autorizada intérprete de nuestra propia norma.

¹¹²² STSJ del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 1991.

¹¹²³ La STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 8 de septiembre de 2014, ofrece una visión general e integrada de nuestro ordenamiento y el de la Unión Europea, cuando indica lo siguiente: “La obligación de mantenimiento del empleo y de las condiciones contractuales que tenían los trabajadores en el momento de producirse el cambio de titularidad empresarial, así como de la responsabilidad que se le impone a la empresa sucesora de hacer frente conjuntamente y de forma solidaria de las obligaciones laborales no satisfechas por la cedente, debe ser no sólo conforme (...) a lo dispuesto en la Directiva 77/187, -y sus redactados posteriores las Directivas 98/50, y 2001/23-, por lo que para que podamos hablar de sucesión empresarial es necesario conforme al artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23, que la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular (...). De tal forma que para determinar si debe calificarse de sucesión empresarial un negocio jurídico “inter vivos” entre dos empresas -la cedente y cesionaria- que conlleve un cambio de titularidad, se deberá tener en cuenta si la entidad transmitida mantiene su identidad, y para ello, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (SSTJUE 18 de marzo de 1986, Spijkers C- 24/85; de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, C-29/91; de 11 de marzo de 1997, Süzen, C13/95; de 20 de noviembre de 2003, Abler, C340/01; de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres C-232/04, entre otras) (...). En definitiva, para que podamos declarar que el negocio jurídico analizado cae bajo la protección legal que dispensa el art. 44 TRLET, entre la cedente y cesionaria deberá haberse producido la transmisión de una

entidad económica organizada de forma estable, entendiendo como tal el conjunto organizado de elementos, tanto materiales como inmateriales, que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, lo que es tanto como afirmar que estaremos siempre ante una sucesión de empresas cuando lo que se transmite son aquellos elementos materiales o inmateriales que permiten de forma independiente continuar con la actividad económica, mientras, que por el contrario, habrá que analizar el supuesto concreto cuando no se transmiten ningún tipo de elementos. Sobre esta última cuestión, el Tribunal de Justicia Unión Europea, también ha señalado que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad es independientemente de la operación de que es objeto, y no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos (sentencias Sūzen; Hernández Vidal y otros), circunstancia que ha supuesto que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, y en consecuencia ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (sentencia Temco, C51/00). Dicho de otra forma, siempre estaremos ante un supuesto de sucesión empresarial “ope legis” cuando se transmita una empresa en su conjunto, o una parte, en este último caso además se requiere que esa unidad patrimonial pueda ser susceptible ser inmediatamente explotada, por lo tanto, en el caso que se transmita activos materiales o inmateriales que por sí solos permitan desarrollar una actividad económica, no podrá haber duda alguna que el cambio de titularidad es un sucesión empresarial protegida, y si no se transmiten activos, como ocurre normalmente en los supuestos de sucesión de contratas, habrá que estar a lo que la doctrina jurisprudencial y comunitaria, ha llamado sucesión de plantillas (STS 24 de octubre de 2004, y el caso Temco), de tal forma que sólo podremos calificar la transmisión de sucesión, cuando la sucesora se ha hecho cargo de la totalidad o de una parte significativa de la plantilla de la sucedida”.

¹¹²⁴ “La empresa tradicional que imperó desde la segunda mitad del siglo XIX hasta el último tercio del siglo XX, concentrando bajo una misma titularidad las distintas fases del proceso productivo, ha dado paso en los albores del siglo XXI, y aún antes, a otro modelo empresarial, el que se ha dado llamar post-fordista o toyotista, en el que la competitividad exige reducción de costes, la especialización del trabajo y la calidad del producto, en un mercado caracterizado por la globalización de la producción , adaptándose la organización de las empresas a las nuevas exigencias del mercado, adelgazando sus estructuras, especializando a sus trabajadores, pues la cualificación profesional es equivalente a calidad y rentabilidad del trabajo, alterando el perfil de la mano de obra dependiente, externalizando actividades básicas del círculo productivo que antes reservaba a su propio personal “, afirman las SSTSJ, de Madrid, Sala de lo Social, de 28 de diciembre de 2007 y 11 de julio de 2014; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., op. cit. (*La construcción jurídica del contrato de trabajo*), p. 125-126, indica que “el fenómeno de la industrialización produjo una fractura entre el modo artesano de producir y el modo fabril de hacerlo. Si esto es evidente, de modo inexorable habrá que considerar la relación instrumental entre técnica y Derecho del Trabajo. El artesano controla su técnica de trabajo. Sin embargo, el avance de las formas de producción trae la consecuencia de que ya no pueda trabajarse como lo hace el artesano y sea preciso desarrollar nuevas aplicaciones en el seno de las fábricas, con una concreta y predeterminada organización que cristaliza en una división del trabajo (...), a finales del siglo XI, en Europa el arrendamiento de servicios y sus reglas civiles no se aplican ya “a las relaciones ordinarias entre obreros y empresarios...al menos a los obreros de las industrias”, y en p. 134, que “prestar el trabajo bajo subordinación supuso la necesidad de romper moldes jurídicos: desde los códigos civiles era imposible integrar en un conjunto normativo el sometimiento personal y sus imprescindibles limitaciones. Poco a poco, normas especiales fueron poniendo cerco a un poder sin fronteras. Nacerá el contrato de trabajo”.

¹¹²⁵ Considerando 3.

¹¹²⁶ Precisa ESTEBAN RAMOS, L. M^a, op. cit. (*Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección*), pp. 107-108, que precisa lo siguiente: “Los procesos de reestructuración tienen un indudable interés para los trabajadores de la empresa (...). También resultan afectados cuando la empresa que les ha contratado sea la sociedad absorbente (...). El hecho de que la realización de la fusión afecte a la situación de los trabajadores implica, que los efectos sean siempre de carácter negativo”.

¹¹²⁷ GONZÁLEZ BIEZMA, E., “*El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*”, Madrid 1989, p. 38

¹¹²⁸ STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto C-458/12, Lorenzo Amatori y otros.

¹¹²⁹STJUE de 20 de enero de 2011, asunto C-463/09, CLECE.

¹¹³⁰ STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto C-458/12, Lorenzo Amatori y otros.

¹¹³¹ STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto C-458/12, Lorenzo Amatori y otros.

¹¹³² STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto C-458/12, Lorenzo Amatori y otros. “el artículo 8 de la Directiva 2001/23, que dispone que ésta no afecta a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores. En efecto, dicha Directiva sólo persigue una armonización parcial de la materia de que se trata y no pretende instaurar un grado de protección uniforme para toda la Unión en función de criterios comunes, sino garantizar que el trabajador interesado quede protegido en sus relaciones con el cesionario tal como lo estaba en sus relaciones con el cedente, en virtud de la normativa del Estado miembro de que se trate”.

¹¹³³STJUE de 6 de diciembre de 2011, asunto C-108/10, Ivana Scattolon, que reitera el contenido de las SSTJUE, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-1217/96, C-229/96 y C-74/97, Hernández Vidal y otros, de 26 de septiembre de 2000, asunto C-175/99, Mayeur y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Abler y otros, y que recoge una amplia jurisprudencia menor. Así SSTSJ, Sala de lo Social, de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 6 de febrero y 11 de octubre de 2007.

¹¹³⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil, v. I*), p. 102.

¹¹³⁵ STJUE de 11 de noviembre de 201, asunto C-232/09 Dita Danosa y LKB Līzings SIA. También SSTJUE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, Lawrie-Blum, y de 26 de febrero de 1992, asunto C-357/98, Raulin, de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01, Allonby, y de 20 de septiembre de 2007, asunto C-116/06, Kiiski.

¹¹³⁶ STJUE de 13 de enero de 2004, asunto C-256/01, Allonby.

¹¹³⁷ SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 16 de enero y 6 de febrero de 2007.

¹¹³⁸ STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 25 de septiembre de 2008, exigencia recogida por una copiosa jurisprudencia menor, así SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 17 de noviembre y 22 de diciembre de 2009.

¹¹³⁹ ROMÁN, M. D., “*Poder de dirección y contrato de trabajo*”, Ediciones Grapheus, Valladolid 1992, pp. 24 ss., sobre la libertad de empresa y facultades de dirección, en pp. 47 ss., acerca de las garantías del contrato de trabajo, en pp. 141-250, sobre los deberes derivados del contrato de trabajo, en pp. 253-271, acerca de la importancia de la buena fe en el contrato de trabajo y sus consecuencias y, en pp. 301-338, sobre los deberes fundamentales como límite al poder de dirección; LUQUE PARRA, M., “*Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*”, José María Bosch Editor, Barcelona 1999, especialmente pp. 35-73 sobre la tipología de sus manifestaciones, pp. 77-92, sobre los presupuestos constitucionales del conflicto subjetivo desde la protección del trabajador y desde la posición del empresario, pp. 173-451 sobre los límites generales, y pp. 457-528, acerca de los límites derivados indirectamente de las organizaciones.

¹¹⁴⁰ “Es constante y reiterada la doctrina jurisprudencial, seguida por las sentencias dictadas por las Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que declara que hay que entender que existe una relación laboral cuando concurren las notas de ajenidad y dependencia del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, porque la prestación de servicios contratada se realiza dentro del ámbito de realización y dirección de una empresa con sometimiento al círculo rector disciplinario-organizativo de la misma (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990) e, igualmente, aun siendo necesaria la existencia de prestación de un servicio o de una actividad a cambio de una remuneración a favor de la persona para la que se presta, su característica esencial lleva aparejada esa subordinación o dependencia del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario que concorra en la persona del trabajador la actividad reglada en virtud de ese círculo organicista rector y disciplinario del empleador, siempre matizando que la dependencia como concepto jurídico no queda aquí configurado como una subordinación rigurosa intensa o máxima, pudiéndose reestructurarse por la flexibilidad, bastando que en el ámbito de organización y dirección de otra persona concurren las circunstancias que exigen la relación entre las partes sin que desnaturalicemos absolutamente el contrato de trabajo trayendo hacia el mismo derechos de relaciones en las que no se dan los presupuestos fácticos que caracterizan la vida del contrato de trabajo. No en vano hay que recordar que la prestación de servicios para otro puede instrumentarse a través de muchos y variados tipos de contratos sin que entre las partes del mismo se cree una verdadera relación laboral puesto que para analizar la naturaleza de una relación contractual habida entre partes, ha de tenerse en cuenta conforme dice el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 14 de noviembre de 1983, que la determinación de si tal relación tiene o no

naturaleza laboral no depende de cómo se denomina o nominalice en la concepción plasmada por aquéllos sino que compete a los órganos judiciales, atendiendo al verdadero contenido obligacional, determinar cuál es la auténtica naturaleza levantando el velo de su conformación jurídico-material. Pero debe de existir en esa relación individual, de la que se predica la nota laboral, determinadas características que la conforman de modo y manera que la retribución que debe ser común en muchos de los contratos permiten distinguir al del trabajo de otras figuras de mera liberalidad o costumbre, así como la ajenidad que consiste en la atribución de los frutos del trabajo al empresario, es decir, que el producto de aquél no pertenece al operario sino que directamente se incorpora al patrimonio del empleador, diciendo literalmente que se trabaja para otro, por cuenta de otro engarzando la idea con la ausencia de riesgo (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1990) y la dependencia, circunstancia que caracteriza esencialmente el contrato de trabajo, debiendo entenderse como el hecho de encontrarse el trabajador sujeto a esa esfera organizativa-rectora y disciplinaria, que normalmente se pueden exteriorizar mediante la inserción en el esquema jerárquico de una empresa, al acatamiento de sus órdenes, mandatos y directrices, la subordinación a otras personas, el sometimiento a normas disciplinarias, la realización de trabajos en centros o dependencias de la empresa, la sujeción a jornadas, horarios, etc. Del mismo modo existen otras notas que constituyen manifestaciones de la dependencia, como son la concurrencia de exclusividad, el tratarse de un contrato intuitu personae y la no aportación de medios materiales para la prestación de servicios”, indica la STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 10 de octubre de 2014; A la “dependencia” se refieren SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil, v. I*), p. 103.

¹¹⁴¹ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 17 de mayo de 2005.

¹¹⁴² Según la norma laboral española, artículo 44.4 ET, “Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”. Afirman las SSTs, Sala Cuarta, de lo Social de 14 y 15 de abril de 2014 lo siguiente “a) En relación con los nuevos trabajadores contratados después de la subrogación no cabe duda de que el Convenio que se les habrá de aplicar no podrá ser otro que el del Convenio al que está sometida la empresa conforme se ha dicho, pues, como también se ha indicado, el art. 82.3 ET contiene un mandato imperativo imposible de soslayar. En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias de 3 de junio de 2002 y 3 de noviembre de 2009 entre otras; b) Problema distinto lo presenta la determinación de qué Convenio habrá de serles de aplicación a los trabajadores procedentes de la empresa absorbida y en este sentido el art. 44 del ET está claro en cuanto dispone en su apartado 4 que “salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión, mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida”, a lo que añade tras punto y aparte que “Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”. Esta misma disposición es la que se contempla en la Directiva 201/23/CE en su art. 1.3, de la que aquélla procede, y de tales previsiones se deduce claramente salvo pacto en contrario (que), el Convenio que habrá que aplicar a los trabajadores absorbidos será el que traían hasta que se negocie o aplique a la empresa absorbente un nuevo Convenio, en interpretación reiterada que en tal sentido ha hecho esta Sala como puede apreciarse en sentencias, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - así STJUE de 6-9-2011 -, como de este Tribunal Supremo - por todas 11-10-2002, 30-9-2003, 18-9-2006, 12-4-2010, 14-2-2011 o 12-4-2011”; Es singularmente relevante la doctrina jurisprudencial del TJUE, que se debe aplicar, *pari passu* y cambiando lo que debe ser cambiado, en los supuesto en que las empresas fusionadas, salvo una, se incluyan el ámbito de diferentes jurisdicciones, aunque no sean europeas. Al respecto precisa la STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-328/13, Österreichischer Gewerkschaftsbund Wirtschaftskammer Österreich - Fachverband Autobus-, Luftfahrt- und Schifffahrtsunternehmen, que “las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo están incluidas, en principio, en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23 independientemente de la técnica utilizada para hacer estas condiciones de trabajo aplicables a los interesados”, concuyendo que “procede interpretar el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, en el sentido de que constituyen “condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo” en el sentido de esta disposición las condiciones de trabajo establecidas mediante convenio colectivo y que, conforme al Derecho de un Estado

miembro, a pesar de haber sido denunciado dicho convenio, mantienen su efectos sobre las relaciones de trabajo que estaban directamente sometidas a él antes de que fuera denunciado y en la medida en que dichas relaciones de trabajo no estén sometidas a un nuevo convenio colectivo o no se llegue a un nuevo acuerdo individual con los trabajadores afectados”. En el mismo sentido se pronuncian el Abogado General Sr. D. Pedro Cruz Villalón, en sus Conclusiones 35-54, presentadas el 3 de junio de 2014, en el mismo asunto C-28/13; En nuestra jurisprudencia menor es destacable la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2011.

¹¹⁴³La STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 1 de octubre de 2012, recordando la sentencia de la propia Sala de 27-11-09, afirma que “la existencia de una subrogación empresarial no tiene por qué alterar los mecanismos de representación si la empresa o centro de trabajo conservan su propia identidad”, y recogiendo la doctrina establecida en la SSTS, Sala de lo Social, de 28 de junio y 23 de julio de 1990, así como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 29 de julio de 2010, indica que “una entidad económica transmitida conserva su autonomía, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/23 del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de (transmisiones) de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, cuando las facultades conferidas a los responsables de esta entidad dentro de las estructuras de organización del cedente, a saber, la facultad de organizar, de manera relativamente libre e independiente, el trabajo en dicha entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario, permanecen en esencia inalteradas dentro de las estructuras de organización del cesionario. El mero cambio de los máximos responsables jerárquicos no puede de por sí menoscabar la autonomía de la entidad transmitida, a menos que los nuevos máximos superiores jerárquicos dispongan de facultades que les permitan organizar directamente la actividad de los trabajadores de la referida entidad y sustituir así a los superiores inmediatos de dichos trabajadores en la adopción de decisiones dentro de esta última”.

¹¹⁴⁴Precisan las SSTSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 10, 11 y 20 de diciembre de 2013, que “la concurrencia de este elemento debe determinarse atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes. Cuando tal identidad concorra, ha de aplicarse la subrogación de los trabajadores que regula el artículo 44 ET. Ahora bien, la existencia de identidad no exige que se haya producido una transmisión de bienes en conjunto, siendo suficiente con que exista transmisión de plantilla, como conjunto organizado de personas adscritas a la realización de un determinado fin empresarial. En este sentido se pronuncian las SSTS de 13-6-2013, 20-11-2012, 19-9-2012, 28-4-2009, 23-10-2009, 7-12-2009, 17-6-2008, entre otras muchas, en las que se ha modificado la anterior doctrina de la Sala IV, aplicando la normativa comunitaria y las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En concreto el artículo 1.a) de la Directiva 2001/23/CEE, del Consejo de 12 de marzo de 2001 y las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, Spijkers; de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95 ; de 20 de noviembre de 2003 , Abler y otros, C-340/01 y de 15 de diciembre de 2005, Güney-Görres, C-232/04 y 233/04, la sentencia de 19 de septiembre de 1995, Rygaard, C-4888/94, las sentencias de 17 de diciembre de 1987, My Molle Kiro, 287/86, 12 de noviembre de 1992, Watson Risk y Christensen 209/91 y 20 de noviembre de 2003, Abler y otros, C-340/01, la sentencia de 7 de marzo de 1996, Mercks y Neuhyus, asuntos acumulados C-171/94 y C72/94 o la sentencia de 15 de octubre de 1996, Merke, 298/94”.

¹¹⁴⁵SSTJUE de 18 de marzo de 1986, asunto 24/85, Spijkers, de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen, y de 9 de diciembre de 2004, asunto C-460/02, Comisión contra República Italiana.

¹¹⁴⁶SSTJUE de 19 de septiembre de 1995, asunto C-48/94, Rygaard, de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen, de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Abler y otros, de 9 de diciembre de 2004, asunto C-460/02, Comisión contra República Italiana, y de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/04 y 233/02, Nurten Güney-Görres y Gul Demir.

¹¹⁴⁷“A efectos laborales, existe sucesión de empresa cuando exista una transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, sea esencial o accesoria. El siguiente paso a considerar radica en advertir que el requisito de “transmisión” no está sujeto, legalmente, a unos determinados negocios jurídicos ni se exige que sea directa entre el anterior y el nuevo titular de la entidad económica, por lo que concurre siempre que se advierta que ésta subsiste, en su identidad (entendida como el precepto lo dice), bajo un titular distinto al anterior, debiendo resaltar que cuando se quiere eludir las consecuencias jurídicas que lleva consigo, suele resultar habitual que se oculte la transmisión de la misma como un todo”, afirma la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, 3 de septiembre de 2013.

¹¹⁴⁸ “Cada una de las tiendas (...) es una entidad diferenciada y, por regla general, de carácter permanente, adscrita a la ejecución de tareas determinadas, a saber, principalmente, la venta de mercancías, y que dispone, a tal efecto, de varios trabajadores, de medios técnicos y de una estructura organizativa, ya que cada tienda es un centro de costes individual gestionado por un director. Una tienda de tales características puede cumplir los criterios relativos al concepto “centro de trabajo””, afirma la STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto C-182/13, Valerie Lyttle, Sarah Louise Halliday, Clara Lyttle, Tanya McGerty y Bluebird UK Bidco 2 Limited.

¹¹⁴⁹ Doctrina contenida en las SSTJUE de 7 de siembre de 1995, asunto C-449/93, Rockfon A/S y Specialarbejderforbundet i Danmark, en calidad de mandataria de Søren Nielsen y otros, y de 15 de febrero de 2007, asunto C-270/05, Athinaiki Chartopoiia AE y L. Panagiotidis y otros, en el que participa: Geniki Synomospondia Ergato, Elládas (GSEE), y calificada de “paradigma” por el Abogado Genetral Sr. Nils Wahl, en sus conclusiones 36-39 (Parte II.B.1), presentadas el 5 de febrero de 2015 para los asuntos C-182/13, Valerie Lyttle, Sarah Louise Halliday, Clara Lyttle, Tanya McGerty, contra, Bluebird UK Bidco 2 Ltd, C-392/13, Andrés Rabal Cañas contra Nexea Gestión Documental, S.A. , y C-80/14 Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDAW) B. Wilson contra WW Realisation 1 Ltd, en liquidación, Ethel Austin Ltd Secretary of State for Business, Innovation and Skills.

¹¹⁵⁰ STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto C-182/13, Valerie Lyttle, Sarah Louise Halliday, Clara Lyttle, Tanya McGerty y Bluebird UK Bidco 2 Limited.

¹¹⁵¹ En la STJUE de 30 de abril de 2015, asunto C-80/14, Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDAW), B.Wilson y WW Realisation 1 Ltd, en liquidación, Ethel Austin Ltd, Secretary of State for Business, Innovation and Skills.

¹¹⁵² STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto C-182/13, Valerie Lyttle, Sarah Louise Halliday, Clara Lyttle, Tanya McGerty y Bluebird UK Bidco 2 Limited.

¹¹⁵³ Que es de gran amplitud, pues “el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación” (SSTJUE de 23 de abril de 1991, asunto C-41/90, Höfner y Elser, de 11 de diciembre de 2007, asunto C-280/06, ETI, de 5 de marzo de 2009, asunto C-350/07, Kattner Stahlbau GmbH y Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft, y

¹¹⁵⁴ SSTJUE de 13 de mayo de 2015, asunto C-392/13, Andrés Rabal Cañas y Nexea Gestión Documental, S.A., Fondo de Garantía Salarial, y asunto C-182/13, Valerie Lyttle, Sarah Louise Halliday, Clara Lyttle, Tanya McGerty y Bluebird UK Bidco 2 Limited.

¹¹⁵⁵ SSTJUE de 13 de mayo de 2015, asunto C-392/13, Andrés Rabal Cañas y Nexea Gestión Documental, S.A., Fondo de Garantía Salarial, y asunto C-182/13, Valerie Lyttle, Sarah Louise Halliday, Clara Lyttle, Tanya McGerty y Bluebird UK Bidco 2 Limited.

¹¹⁵⁶ STJUE de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/04 y 233/02, Nurten Güney-Görres y Gul Demir). La importancia relativa de cada parámetro, en esa pluralidad, ha de ajustarse a cada caso, en función de la actividad desarrollada por la empresa (SSTJCE de 18 de marzo de 1986, asunto 24/85, Spijkers, de 19 de mayo de 1992, asunto C-29/91, Redmond Stichtin, de 12 de noviembre de 1992, asunto C-209/91, Watson Rask y Christensen, de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen, y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Abler y otros.

¹¹⁵⁷ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2014.

¹¹⁵⁸ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 de septiembre de 2014.

¹¹⁵⁹ STJUE de 6 de diciembre de 2011, asunto C-108/10, Ivana Scattolon, que reitera el contenido de las SSTJUE 25 de octubre de 2001, asunto C-475/99, Ambulanz Glöckner, de 24 de octubre de 2002, asunto C-82/01, Aéroports de Paris/Comisión, y de 10 de enero de 2006, asunto C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze y otros.

¹¹⁶⁰ STJUE de 6 de septiembre de 2011, asunto C-108/10, Scattolon.

¹¹⁶¹ STJUE de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Hernández Vidal y otros, de 13 de septiembre de 2007, asunto C-458/05, Jouini y otros, y de 6 de septiembre de 2011, asunto C-108/10, Scattolon.

¹¹⁶² Como precisa la STJUE de 9 de septiembre de 2015, asunto C-160/14, João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros y Estado portugués, “Según jurisprudencia reiterada, la Directiva 2001/23 tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con

independencia de un cambio de propietario. El criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de esta Directiva consiste, por consiguiente, en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude (véanse las sentencias Spijkers, 24/85, apartados 11 y 12; Güney-Görres y Demir, C-232/04 y C-233/04, apartado 31 y jurisprudencia citada, y Amatori y otros, C-458/12, apartado 30 y jurisprudencia citada). Para determinar si concurre este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. No obstante, estos elementos son tan sólo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (véanse las sentencias Spijkers, 24/85, apartado 13; Redmond Stichting, C-29/91, apartado 24; Süzen, C-13/95, apartado 14, y Abler y otros, C-340/01, apartado 33). En particular, el Tribunal de Justicia ha señalado que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate (véanse las sentencias Süzen, C-13/95, apartado 18; Hernández Vidal y otros, C-127/96, C-229/96 y C-74/97, apartado 31; Hidalgo y otros, C-173/96 y C-247/96, apartado 31, y, en este sentido, UGT-FSP, C-151/09, apartado 28). La primera cuestión prejudicial planteada debe apreciarse a la luz de esta jurisprudencia, teniendo en cuenta los principales hechos indicados por el órgano jurisdiccional nacional en la resolución de remisión y, en particular, en el tenor de la primera cuestión prejudicial. En primer lugar, ha de señalarse que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, que se refiere al sector del transporte aéreo, la transmisión de materiales debe considerarse un elemento esencial para apreciar la existencia de una “transmisión de centro de actividad”, en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 (véase, en este sentido, la sentencia Liikenne, C-172/99, apartado 39). A este respecto, de la resolución de remisión se desprende que TAP asumió la posición de AIA en los contratos de arrendamiento de aviones y utilizó éstos de manera efectiva, lo que acredita la utilización de elementos indispensables para proseguir la actividad anteriormente ejercida por AIA. Además, también se hizo uso de otros equipos. Como el Abogado General señaló en los puntos 48, 51, 53, 56 y 58 de sus conclusiones, otros elementos corroboran, atendiendo a los criterios recordados en el apartado 26 de la presente sentencia, la existencia en el litigio principal de una “transmisión de centro de actividad” en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23. Es el caso de la subrogación de TAP en la posición de AIA en los contratos de vuelos chárter vigentes celebrados con operadores turísticos, que refleja la captación de la clientela de AIA por parte de TAP, de la realización por parte de TAP de vuelos chárter en rutas tradicionales de AIA, que refleja que TAP continuó las actividades anteriormente ejercidas por AIA, de la readmisión en TAP de trabajadores afectados a AIA para desempeñar funciones idénticas a las ejercidas en esta última sociedad, que refleja la utilización por TAP de una parte del personal que trabajaba para AIA, y, por último, de la reanudación por TAP, desde el 1 de mayo de 1993, de una parte de las actividades de vuelos chárter realizadas por AIA hasta su disolución en febrero de 1993, lo que demuestra que las actividades transmitidas prácticamente no fueron suspendidas. En tales circunstancias, carece de pertinencia, a efectos de la aplicación del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23, que la entidad de la que se han asumido los materiales y una parte del personal haya sido integrada, sin conservar su estructura organizativa autónoma, en la estructura de TAP, por cuanto se ha mantenido un vínculo entre, por una parte, los materiales y el personal transferidos a esa última sociedad y, por otra, la continuación de las actividades ejercidas anteriormente por la sociedad disuelta. En este contexto fáctico, resulta irrelevante que los materiales en cuestión hayan sido utilizados tanto para la realización de vuelos regulares como para la de vuelos chárter, puesto que se trata, en cualquier caso, de operaciones de transporte aéreo, y que TAP cumplió las obligaciones contractuales de AIA relativas a esos vuelos chárter. En efecto, de los apartados 46 y 47 de la sentencia Klarenberg (C-466/07) se deriva que no es el mantenimiento de la organización específica impuesta por el empresario a los diversos factores de producción transmitidos, sino del vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre esos factores, lo que constituye el elemento pertinente para determinar el mantenimiento de la identidad de la entidad transmitida. Así, el mantenimiento de dicho vínculo funcional entre los diversos factores transmitidos permite al cesionario utilizar estos últimos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga aun cuando, con posterioridad a la transmisión, estén integrados en una nueva estructura organizativa diferente (véase la sentencia Klarenberg, C-466/07). Habida cuenta de las consideraciones anteriores, (...) el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “transmisión de un centro de actividad” abarca una situación en la que se disuelve una empresa activa en el mercado de los vuelos

chárter por parte de su accionista mayoritario, que es a su vez una empresa de transporte aéreo, y en la que, posteriormente, esta última asume la posición de la sociedad disuelta en los contratos de arrendamiento de aviones y en los contratos vigentes de vuelos chárter, desarrolla la actividad antes efectuada por la sociedad disuelta, readmite a algunos de los trabajadores hasta entonces afectados a esa sociedad y los coloca en funciones idénticas a las ejercidas anteriormente, y recibe pequeños equipamientos de esa sociedad”.

¹¹⁶³ “Siempre estaremos ante un supuesto de sucesión empresarial “ope legis” cuando se trasmita una empresa en su conjunto, o una parte, en este último caso además se requiere que esa unidad patrimonial pueda ser susceptible ser inmediatamente explotada, por lo tanto, en el caso que se transmita activos materiales o inmateriales que por sí solos permitan desarrollar una actividad económica, no podrá haber duda alguna que el cambio de titularidad es un sucesión empresarial protegida, y si no se transmiten activos, como ocurre normalmente en los supuestos de sucesión de contratas, habrá que estar a lo que la doctrina jurisprudencial y comunitaria, ha llamado sucesión de plantillas (STS 24 de octubre de 2004, y el caso Temco), de tal forma que sólo podremos calificar la transmisión de sucesión, cuando la sucesora se ha hecho cargo de la totalidad o de una parte significativa de la plantilla de la sucedida”, afirma la STSJ, de Cataluña, Sala de lo Social, de 8 de septiembre de 2014; Indica STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 3 de junio de 2015: “Se configuraría así como un supuesto de específico de sucesión empresarial la denominada “secesión de plantillas”, en donde, aun no dándose los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, aparece esta figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25-1-2006), como cualitativo (STSJ de Castilla- León de 31-10-2007). Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad. Este supuesto ha sido aceptado por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 27-10-2004 ,(aun suscitando en la misma ciertas “reservas”, entre otras razones, “por el efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger”), ya que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece”.

¹¹⁶⁴ Esa exigencia, establecida en normas laborales, se traslada a una norma formalmente mercantil, aunque sea transversal al ordenamiento jurídico, como es la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en cuyo artículo 149. 4, establece: “ Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado 1, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo”.

¹¹⁶⁵ SSTJUE de 18 de marzo de 1986, Spijken, 24/85; de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95; de 20 de noviembre de 2003, Ablery otros, C-340/01 y de 15 de diciembre de 2005, Guney-Gorres, C-232/04 y 233/04.

¹¹⁶⁶ STJUE de 19 de septiembre de 1995, Rygaard, C-4888/94.

¹¹⁶⁷ SSTJUE de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95, y de 20 de noviembre de 2003, Ablery otros, C-340/01.

¹¹⁶⁸ Indican las SSTSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 15 de abril y 3 de junio de 2015, en términos de ésta última, lo siguiente: “En cuanto a la sucesión de empresas, el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es si la entidad de que se trata mantiene su identidad tras el cambio de titular, lo que resulta, en particular, de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986, Spijken y de 11 de marzo de 1997 , Süzen). La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de septiembre de 1995 , Rygaard). Así, el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un

objetivo propio (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Süzen*, antes citada). Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (véanse, en particular, las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, antes citadas, *Spijkers* y *Süzen*). Esa identidad puede resultar del hecho de que se trate de una actividad esencialmente realizada mediante la aportación de mano de obra y que el grupo organizado de los trabajadores dedicados a la realización de tales tareas (o una parte sustancial de los mismos) sea coincidente. Como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de mayo de 1992 (*Redmond Stichting*, asunto C-29/1991), entre las circunstancias de hecho que han de considerarse se encuentra el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión, teniendo en cuenta en todo caso que los diferentes elementos que se mencionan (transmisión de medios materiales, transmisión de la plantilla o de la mayor parte de ella, analogía de las actividades, etc.) son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente. En la sentencia de 10 de diciembre de 1998 (*Sánchez Hidalgo*, asuntos acumulados C-173/1996 y C-247/1996) precisa que la mera circunstancia de que las prestaciones realizadas sucesivamente por el antiguo y por el nuevo concesionario o adjudicatario de la contrata sean similares no permite llegar a la conclusión de que existe una transmisión a efectos de la Directiva. En fin, este criterio llamado de “sucesión de plantilla” ha sido admitido por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 27 de octubre de 2004, en la que nuestro Alto Tribunal rompe con una línea doctrinal anterior en relación con la sucesión en el caso de cambio de contratas, y se viene a ajustar a la interpretación de las Directivas europeas realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Así, cuando se trate de una contratación basada esencialmente en la aportación de la mano de obra y la nueva empresa adjudicataria de la contrata se subroge en los contratos de todos o la mayoría de los trabajadores de la antigua adjudicataria nos encontraremos ante un supuesto de los llamados de “sucesión de plantilla” es que la empresa sucesora no puede dejar de subrogarse en los contratos de algunos trabajadores. En tales supuestos, al existir sucesión en el sentido del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, la sucesora pasa a ser, ope legis, empleadora de todos los trabajadores adscritos a la unidad productiva traspasada y la negativa a reconocer la vigencia de la relación laboral con alguno de ellos sería un despido ilícito, que habría de calificarse, según las circunstancias, como nulo o como improcedente. Y esto es así incluso si la subrogación en la plantilla se produce como consecuencia del cumplimiento del convenio colectivo y de sus previsiones sobre subrogación de contratos de trabajo, siempre que por ello se haya llegado a producir un supuesto de hecho de sucesión del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, bajo la modalidad de la llamada “sucesión de plantilla” (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2014 (RCUD 1201/2013)). Si la empresa sucesora estima que por razones productivas, organizativas o de otra índole no precisa toda la plantilla de la unidad productiva que ha absorbido, deberá proceder legalmente a la extinción de los contratos por las vías previstas en la normativa para ello, pero no puede negar la sucesión de empresas. Por el contrario, cuando la actividad objeto de contratación no esté basada esencialmente en la mano de obra, sino que conlleve una aportación sustancial de maquinaria o equipos productivos, no sería aplicable la figura de la “sucesión de plantilla”, siendo preciso para que exista sucesión que haya una transmisión relevante de medios materiales y personales adscritos a la ejecución de la contrata. En tales casos será preciso valorar el conjunto de los elementos transmitidos, sumando los elementos materiales, los personales y los de naturaleza inmateral, para determinar si existe una unidad económica con cierta autonomía y que mantiene su identidad tras la transmisión. Este es el criterio de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su. Como recuerdan las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993 (RCUD 702/1992), 10 de diciembre de 1997 (RCUD 164/1997), 24 de julio de 2013 (RCUD 3228/12) ó 9 de julio de 2014 (RCUD 1201/2013), la contrata no es una unidad productiva autónoma a los efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. La contrata, como su nombre indica, es el contrato por el que una empresa se compromete a prestar a otra un servicio a cambio de un precio o a ejecutar la obra que se le encomienda. El contratista adquiere el derecho a prestar el servicio o a ejecutar la obra pero no adquiere ninguna empresa, ni ninguna actividad productiva autónoma en el sentido del artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, porque nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios. No pueden confundirse los conceptos de “contrata” y transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, pues se trata de conceptos de naturaleza y contenido diferentes, dado que el primero no requiere necesariamente la

transmisión de los elementos patrimoniales necesarios para configurar una estructura empresarial, organización empresarial que en principio tiene el contratista”.

¹¹⁶⁹ STJUE el 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, Temco Service Industries SA y Samir Imzilyen, Mimoune Belfarh, Abdesselam Afia-Aroussi, Khalil Lakhdar, con intervención de: General Maintenance Contractors SPRL (GMC), Weisspunkt SA, antiguamente Buyle-Medros-Vaes Associates SA (BMV).

¹¹⁷⁰ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2014.

¹¹⁷¹ STJUE de 11 de marzo de 1997, Süzen, asunto C-13/95.

¹¹⁷² STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 de septiembre de 2014, recogiendo la jurisprudencia del TJUE.

¹¹⁷³ En términos no corregidos por la normativa indicada, señala la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, 3 de septiembre de 2013, que “la transmisión -directa, indirecta o disimulada- ha de ser, sin embargo, del conjunto de medios organizados con que se lleva a cabo una determinada actividad económica, lo que excluye la concurrencia del supuesto si únicamente lo es de una parte de esos medios, salvo que los no asumidos sean elementos accesorios para su desarrollo, por lo que en los casos de actividades económicas en las que los medios patrimoniales carecen de relevancia, siendo lo esencial, los medios humanos (...), bastará con que el nuevo titular la lleve a cabo con el núcleo esencial de la plantilla del titular anterior, bien por obligación convencional o por mera asunción voluntaria de sus trabajadores, en criterio sentado por la jurisprudencia comunitaria y asumido por el Tribunal Supremo, sin que sea preciso quedemos ahora mayor fundamentación puesto que no es el caso del negocio de cafetería en el que prestaba sus servicios el demandante, en el que cobra capital relevancia la infraestructura patrimonial y, de manera singular, el local y las instalaciones propias de ese tipo de actividad económica”.

¹¹⁷⁴ En una determinada interpretación del artículo 44 ET, a la luz de la normativa comunitaria, las SSTJ, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 5 de mayo y 14 de octubre de 2014, ha resuelto que, aun cuando la “sucesión empresa”, en su modalidad de “sucesión de plantillas”, tiene su fundamento de la responsabilidad de la entrante en el servicio al amparo del art. 44 si el convenio colectivo establece la subrogación, pero si la voluntad de los negociadores del convenio colectivo se limita al deber de subrogación, pero no a la asunción solidaria de las deudas pendientes, estas quedan excluidas de la sucesión. Ambas tienen un Voto Particular que merece ser tomado en consideración.

¹¹⁷⁵ “Nuestro legislador ha querido que, a partir de la vigencia de la Ley 12/2001, la noción de sucesión de empresa en nuestro derecho interno sea la comunitaria a la sazón vigente, abandonando la que hasta ahora teníamos, pero no tanto como expresión de que ya no concurren alguno de los supuestos precedentes, sino de que pueden llegar a abarcar alguno más y, sobre todo, de que quiere vincularse a la noción comunitaria del supuesto. Resulta obvio que, de ser la misma, no habría sido necesario cambio alguno de regulación”, precisa la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 16 de enero de 2007; Afirma la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2011, que “el art. 44 ET, regulador la sucesión de empresa, no había tenido cambios en su redacción hasta que, la Ley 12/2001, introdujo novedades en su contenido, sustancialmente debidas a la jurisprudencia emanada del TJCE y a la necesidad de adaptar nuestro derecho interno a la normativa comunitaria, no sólo a causa de la modificación operada en ésta por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, sino por la falta de incorporación a nuestro ordenamiento de determinados mandatos de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977. Normativa comunitaria constituida, al tiempo de promulgarse la Ley 12/2001, por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001. Uno de los efectos de la sucesión de empresa que dispone el art. 44 ET en su apartado 1, mantenido tras la Ley 12/2001, es el subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral. Norma de rango legal, que (...), no deja margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para poder disponer de ese concreto efecto en el caso de que concurra el supuesto de sucesión de empresa ahí previsto, por lo que cualquier convenio colectivo o pacto (individual o colectivo) que lo niegue, lo condicione o limite su ámbito de aplicación resulta nulo de pleno derecho (inciso inicial del art. 85-1 ET y art. 3-1-c ET)”.

¹¹⁷⁶ Precisa LARGO GIL, R., op. cit. (*Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado (RdS)*), pp. 179-180, que “entre los terceros que pueden resultar afectados en una reestructuración societaria hay que incluir a los trabajadores. Desde el Derecho se arbitran también, medidas para su tutela; entre nosotros, en la normativa jurídico-laboral, pero también cabe mencionar al Derecho de sociedades. Así es, los cambios estructurales de las sociedades, no constituyen motivos para la extinción de los contratos de trabajo (art. 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RDleg. 1/1995, de 24 de marzo) y además se reconoce un derecho de información a favor de los representantes de los trabajadores afectados (...). Tales previsiones son conformes con las Directivas comunitarias relativas a la fusión (...) de sociedades anónimas, desde las que se insta a los legisladores

nacionales para que establezcan las medidas oportunas para garantizar una tutela homogénea de los trabajadores. En concreto, en el artículo 12 de la Tercera directiva se remite a la Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero (...). También la DGRN tiene en su punto de mira la tutela de los derechos de los trabajadores; sí, pero en menor grado. Esto es, los trabajadores ocupan el último escalón en el orden de prelación de los intereses a tutelar con ocasión una reestructuración societaria”, y, refiriéndose a las RRDGRN de 30 de junio de 1993, 10 de junio de 1994 y 8 de noviembre de 1995, indica, en p. 181, que “tales pronunciamientos, además de no ser plenamente adecuados a Derecho, suponen un total desconocimiento de la realidad, así como de las tendencias más recientes en Derecho comunitario y en Derecho comparado”, y en p. 182, que “en relación a la tutela de los intereses en concurso, es manifiesta la preferencia por los de los socios, en tanto que los trabajadores quedan en último plano”.

¹¹⁷⁷ Afirma la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 19 de enero de 2009, lo siguiente: “Desde una perspectiva dogmática los efectos laborales regulados en el art. 44 Estatuto de los Trabajadores se vinculan a la realización en el mundo jurídico de un determinado supuesto de hecho: el cambio en la titularidad de la empresa. La temática central gira, por lo tanto, alrededor de dos núcleos de cuestiones: qué ha de entenderse bajo la expresión legal “empresa” y qué significa “el cambio en la titularidad” de la misma. Si se entiende que el tipo de trabajo considerado por el ordenamiento laboral es el prestado profesionalmente por un sujeto a una organización cuya titularidad no le pertenece, esta identificación lleva implícitas dos afirmaciones: que la empresa es una organización y que esta organización lo es de capital y trabajo. Existiendo también una referencia funcional de la organización misma, en cuanto lo es tal, precisamente, porque está destinada al ejercicio de una concreta actividad. La instrumentalidad de la empresa con respecto al ejercicio de una determinada actividad postula, a su vez, la necesidad de un sujeto al que referir la actividad en cuestión. Así si la empresa es el instrumento de que se sirve el empresario para el ejercicio de la actividad propuesta, la titularidad sobre ella deberá ser de tal tipo que otorgue al sujeto un poder de gestión sobre la misma. En suma, la titularidad de la empresa es un término sintético para designar las titularidades sobre los diversos elementos que concurren a integrarla. La adquisición de esta titularidad puede hacerse de un modo originario o derivativo y es esta segunda hipótesis la que se encierra bajo la expresión “cambio en la titularidad de la empresa” del art. 44 Estatuto de los Trabajadores. Se puede hablar, pues, de efectos laborales que origina la transmisión de la empresa en tanto en cuanto haya una que se transmita entre dos sujetos que se suceden en su titularidad. En términos resumidos, existe la empresa como objeto de la transmisión en cuanto exista identidad de la misma, entendiéndose esa identidad en el sentido de permanencia de aquella como unidad en sus factores técnicos, organizativos y patrimoniales, de modo que la empresa permanezca la misma en su consideración objetiva y sólo se produzca el cambio en la persona del empresario titular. La exigencia de esta identidad de la empresa conlleva una consecuencia inmediata: la transmisión de elementos aislados no puede configurar un supuesto de cambio en la titularidad de la misma. Lo que se ha venido exigiendo como relevante es, como ya se ha expuesto anteriormente, la concurrencia de dos elementos, uno subjetivo, representado por la transmisión directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al entrante, y otro objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto de los elementos esenciales de la industria para su continuación por el nuevo empresario. (...). Lo que significa que no hay extinción de una relación laboral y nacimiento de otra nueva entre el trabajador y el empresario cesionario, sino que es la misma relación contractual contraída con el cedente la que continúa. Nos encontramos, por tanto, ante la figura civil de la “cesión de contratos”. Esta institución ha sido definida como “negocio jurídico concluido por las partes contratantes y un tercero, cuya finalidad es sustituir a una de ellas por dicho tercero en la titularidad de la relación contractual, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva y entre cuyos presupuestos se han enumerado los siguientes: a) Que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas; b) Que en el momento de la cesión las prestaciones recíprocas estén pendientes de ejecución o se hayan ejecutado sólo en parte; c) En consecuencia, y tomando como base el propio tenor literal del art. 44 Estatuto de los Trabajadores, si el cambio de titularidad de la empresa no extingue por sí mismo la relación laboral, ello implica que sólo puede continuar aquello que no ha dejado de existir; d) Que los derechos y obligaciones generados por el contrato no resulten intransmisibles ni por su naturaleza, ni por Ley, ni por pacto (artículos 1112 y 1257 Código Civil)”.

¹¹⁷⁸ Así lo deja claro la STS, Sala de lo Social, de 5 de junio de 2013, cuando afirma lo siguiente: “En este sentido la doctrina de esta Sala ha precisado que la sucesión de empresa requiere “la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales...que permite la continuidad de la actividad empresarial” (sentencia de 27 de octubre de 1.986) y considera que, por ello, no puede apreciarse la sucesión cuando lo que se transmite “no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo, sino unos elementos patrimoniales aislados” (sentencia de 4 de junio de 1.987). Por otra parte, para que opere la garantía que establece el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente (sentencias de 11 de mayo de 1.987, 24 de julio de 1.995 y 20 de enero de 1.997)”. Este criterio se ha mantenido, tras la reforma del artículo 44-2 del

E.T. para transponer la Directiva 2001/123/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, precepto estatutario en el que se establece la necesidad de que la “transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. Como señalamos en nuestra sentencia de 23 de noviembre de 2004 “La tradición jurídica de esta Sala ha exigido en la interpretación y aplicación del art. 44 ET que concurrieran los dos elementos o requisitos subjetivo y objetivo consistentes respectivamente en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial - por todas SSTs 3-10-1998, 15-4-1999, 25-2-02, 19-6-02, 12-12-2002, 11-3-2003 (...). En relación con ello procede constatar que el indicado Tribunal comunitario (con referencia al TJUE) ha señalado como elemento fundamental para determinar si existe o no sucesión empresarial el de que se haya transmitido una entidad económica organizada de forma estable, o sea, que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio y cómo la realidad de aquella transmisión garantista puede deducirse no solo de la transmisión de elementos patrimoniales sino del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela o del grado de analogía entre las actividades ejercitadas antes y después de la transmisión - SSTJCE 18-3-1986, Asunto Spijkers o 19-5-1992, Asunto Stichting, 10-12-1998 Asunto Sánchez Hidalgo, 2-12-1999 Asunto Allen y otros, 24-1-2002 Asunto Temco, entre otras -. En definitiva, hoy lo importante y trascendental es que se haya producido aquella sustitución subjetiva de empresarios o entidades, lo que habrá que concretar en cada caso a partir de las particulares circunstancias concurrentes. Doctrina reiterada por nuestra sentencia de 25 de septiembre de 2008 donde se afirma: “se ha dicho que por encima de las palabras utilizadas en la letra del precepto o en las sentencias interpretativas del mismo, lo que se trasluce de ellas es la exigencia de que se haya producido una transmisión de activos patrimoniales y personales, o sea, de elementos que permitan continuar una explotación empresarial “viva”, que es lo que podría permitir hablar de la permanencia en su identidad, siendo así que este dato -conservación de la identidad- es exigido por la normativa comunitaria -Directiva 1977/187/CEE, de 14/Febrero; Directiva 1998/50/ CE, de 29/Junio; y Directiva 2001/23/CE, de 12/Marzo- y ha sido considerado elemento determinante de la existencia o no de una sucesión empresarial en la jurisprudencia comunitaria (STCE 65/1986, de 18/Marzo/86, Asunto Spijkers), habiendo señalado al respecto ese mismo Tribunal que aun cuando esa circunstancia se deduce normalmente del hecho de que la empresa “continúe efectivamente su explotación o que ésta se reanude”, para llegar a dicha conclusión hay que tener también en cuenta “otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone” (STCE 212/2000, de 26/Septiembre, Asunto C-175/1999) así, la citada STS 25/02/02”; Precisa la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2012, que “la transmisión de empresa que contempla el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores se caracteriza porque lo que se transmita sea la empresa, cuyo objeto está constituido por un conjunto de bienes organizado para lograr una finalidad económica. Esta particularidad en el objeto transmitido determina dos consecuencias fundamentales: a) que la transmisión tiene que afectar a un establecimiento empresarial en su conjunto o a una parte de él que constituya una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada, y b) que responde normalmente al principio de unidad de título y diversidad de modos en atención a las peculiaridades de los distintos bienes que integran el conjunto organizado objeto de transmisión. En este sentido la sucesión de empresa requiere la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales... que permite la continuidad de la actividad empresarial y no puede apreciarse la sucesión cuando lo que se transmite no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo de ésta dotado de autonomía suficiente en el plano funcional o productivo, sino unos elementos patrimoniales aislados”.

¹¹⁷⁹ “El concepto de trabajo por cuenta ajena, encuentra su primera explicación en la naturaleza del esquema del contrato de trabajo. Este se nos muestra como un negocio jurídico bilateral de cambio, en virtud del cual una persona (trabajador) procede voluntariamente a la atribución de la utilidad patrimonial de su trabajo personal (intuitu personae) a otra persona (empresario) percibiendo por ello una remuneración”, indica MONTOYA MELGAR, A., op. cit. (*Derecho y Trabajo*), pp. 22-23; STS, Sala Cuarta de lo Social, de 9 de diciembre de 2014; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., op. cit. (*La construcción jurídica del contrato de trabajo*), indica, en p. 52, lo siguiente, “sin exageración puede sostenerse que el último tercio del siglo XVIII muestra el momento histórico en el que la libertad es el fundamento, la esencia misma de la prestación de trabajo. Todo trabajo habrá de prestarse mediante el consentimiento. El siguiente paso será concretar en qué tipos contractuales se plasma el consentimiento para realizar trabajos para otros”, y, en p. 134, que “prestar trabajo bajo subordinación supuso la necesidad de romper moldes jurídicos: desde los códigos civiles era imposible integrar en un conjunto normativo el sometimiento personal y sus imprescindibles limitaciones. Poco a poco, normas especiales fueron poniendo cerco a un poder sin fronteras. Nacerá el contrato de trabajo, pero no será capaz de limitar el poder empresarial más allá de lo que haya conseguido hacerlo la propia intervención

del Estado”; El Estatuto de los Trabajadores, (ET), indica en su artículo 1.1, que se aplica “a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”, con lo que “si bien no define directamente el contrato de trabajo, nos proporciona las claves para ello”, precisan las SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008 y 21 de abril de 2009; Recuerdan las SSTS, Sala Cuarta, de 19 de junio y 10 de julio de 2007, a “la presunción establecida en el segundo inciso del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, que trae su origen de la antigua Ley de Contrato de Trabajo, en concreto de su artículo 3 (el contrato se supone siempre existente entre todo aquél que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta aunque no exista estipulación escrita o verbal); El artículo 1.1 ET legal sanciona como notas características del contrato de trabajo “las de prestación personal de servicios, ajeneidad, retribución y dependencia, considerada ésta como inserción del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empresario” (SSTS, Sala Cuarta, de 6 de junio de 1983; 6 de noviembre y 12 de diciembre de 1990; 29 de enero, 23 de abril y 17 de mayo de 1991; 19 de mayo y 11 de noviembre de 1993; 2 de abril de 1996; 31 de marzo de 1997; 23 de noviembre de 2009, 16 y 29 de julio de 2010), no obstante lo cual resulta que “de las cinco notas que identifican la relación de trabajo, tres -voluntariedad, personalidad y retribución- son comunes a otras relaciones contractuales de distinta naturaleza jurídica, por el contrario, la ajeneidad y dependencia son determinantes y consustanciales al contrato de trabajo, aportando un sesgo diferencial respecto a otras realidades productivas. Y de estas dos notas es la dependencia jurídica la que mayor fuerza de identidad otorga a la relación laboral”, precisa la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2010.

¹¹⁸⁰URÍA, R., MENÉNDEZ, A., e IGLESIAS PRADA, J. L., op. cit. (*Capítulo 51. Fusión y escisión de sociedades*), p. 1393.

¹¹⁸¹ STCT de 3 de junio de 1982.

¹¹⁸² STJUE de 3 de mayo de 2012, asunto C-337/10, Georg Neidel y Stadt Frankfurt am Main, con cita de su sentencia de 12 de febrero de 1974, asunto 152/73, Sotgiu.

¹¹⁸³ Alemán en el caso referido.

¹¹⁸⁴ STJUE de 9 de julio de 2015, asunto C-229/14, Ender Balkaya y Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH. También STJUE de 11 de noviembre de 2010, asunto C-232/09, Dita Danosa y LKB Lizings SIA.

¹¹⁸⁵ La “locatio conductio romana supuso el prototipo de la organización del trabajo subordinado libre”, indica GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A., op. cit. (*La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*), p. 21, que añade en p. 43 que “el trabajo por cuenta ajena y libre en la época del Impero Romano admitía “dos formas diferentes: a) prestándolo a quien lo solicite; b) trabajando con los medios propios pero por cuenta de otro. A estas dos fórmulas fundamentales de empleo se (correspondían), aproximadamente, las dos figuras jurídicas tradicionales de la locatio conductio operarum y la locatio conductio operis”, y, en pp. 63-64, alude a que aquellas instituciones jurídicas eran muy próximas y de difícil distinción, mostrándose como variedades del contrato de arrendamiento. Tratándose ya de prestaciones de trabajo libre y voluntario, con importantes diferencias entre quienes prestaban sus servicios a cambio de una “merces” en base a una locatio conductio operarum (mercenarii), del trabajo de los artesanos, que actuaban mediante una locatio conductio operis, y de quienes desarrollaban la “artes liberales”, que quedaban fuera de las locatio conductio.

¹¹⁸⁶ ALONSO OLEA M., op. cit. (“*Las raíces del contrato de trabajo*”) p. 401, con antecedentes en los proyectos de Código Civil de 1821 y 1851. Señalando, pp. 400-401, que “arrendamiento de servicios y arrendamiento de obras participan en efecto de una misma causa, a saber, la utilidad que para el arrendador adquirente tienen los frutos del trabajo humano, se paguen los frutos directamente en la locación de obra o se pague el trabajo invertido en la ejecución de los servicios. Las diferencias básicamente afectan a los riesgos de ejecución, que son del arrendatario adquirente en el contrato de servicios y del arrendador ejecutante en el contrato de obra. Lo que de paso quiere decir que no se deben de buscar aquellas, las diferencias, en los modos de retribuir; los destajos o pagos por unidad de obra ejecutada son de antiguo y de sobra conocidas como modalidades de remuneración propias del contrato de trabajo o de servicios (...) el que ambos contratos - de prestación de servicios y de ejecución de obra - se consideren como especies de arrendamiento (...) obedece a una vieja tradición, que enlaza con los orígenes probables de ambos arrendamientos, especialmente del de servicios, en la transición desde las cesión remunerada por su dueño del esclavo y de su trabajo a otro, a la cesión también a otro de los servicios del liberto y hombre libre de sus propios servicios”; Según la STS, Sala Cuarta, de 23 de noviembre de 2009, “en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios. El contrato de trabajo es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución

garantizada. Cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral”.

¹¹⁸⁷ “La esencia de la relación jurídica de trabajo se sitúa conjuntamente en la atribución al empresario de la utilidad patrimonial del trabajo y del poder de disponer de este trabajo”, precisa MONTOYA MELGAR, A., op. cit. (*Derecho y Trabajo*), p. 29.

¹¹⁸⁸ MONTOYA MELGAR, A., “*El trabajo por cuenta ajena y la predicciones marxistas sobre su abolición (apuntes para un estudio)*”, ARAJL, 2011, p. 276, p. 276, que añade, “de los distintos proyectos de Ley de Contrato de Trabajo que se suceden en el primer cuarto de siglo XX, el de Burgos y Mazo (1919) se centra en el “trabajo retribuido por cuenta ajena” para proceder a su regulación. En el plano de la legislación, a diferencia del Código de Trabajo de 1926, que omite en su definición del contrato de trabajo la alusión al trabajo por cuenta ajena, esta mención aparece sin interrupción desde el art. 2 de la LCT de 1931 a nuestros días”.

¹¹⁸⁹ Indica SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “*Incertidumbres y certezas del Derecho del Trabajo*”, AARAJL 2010, pp. 95-96 que “el Derecho del Trabajo es una rama del Derecho Civil, y el contrato de trabajo una subespecie del contrato de arrendamiento de servicios. La dura realidad social (Revolución Industrial) con revueltas e inquietud en las clases pudientes mueve pensadores (más o menos revolucionarios) Iglesia y sobre todo Asociaciones obreristas a poner soluciones al llamado problema social. Como dice Sinheimer, el Derecho Civil parte de la libertad del hombre abstracto al que considera libre per se. El Derecho del Trabajo baja de esa utopía y parte de la dependencia del hombre concreto, determinado por una pertenencia a una determinada clase: la trabajadora. Y es clase, valga la redundancia, “clasista” no hace muchos años es hoy “genérica” con muchas “capas” de trabajadores. Y el artilugio jurídico en que se monta y justifica la dependencia es el contrato de trabajo, formalizado en libertad. Eso explica la dependencia, que es totalmente ajena al Derecho Civil de obligaciones: no tiene sentido en nunca compraventa o en un arrendamiento de servicios. El Derecho del Trabajo es el primer Derecho que se rebela contra el libre juego de las relaciones de poder y azaroso resultado (...). Pero hay una líneas rojas que no pueden pasarse, so pena de ruina del edificio: Por parte de los empresarios: la licitud de los beneficios y la existencia de los mismos. Por parte de los trabajadores: preservación del “núcleo duro” de derechos conquistados. Por parte del gobierno: el empleo”. Su política (...) ha de ser la búsqueda del pleno empleo. Y desde luego su indeclinable labor de gobierno estableciendo el campo de juego y las reglas del mismo. El empleo es la justificación moral del sistema capitalista”.

¹¹⁹⁰ MOULIER-BOUTANG, Y., “*De las esclavitud al trabajo asalariado*”, Akal, Madrid 2006, pp. 1 ss.; ALONSO OLEA, M., op., cit. (*Las raíces del contrato de trabajo*), pp. 399 ss., e “*Introducción al Derecho del Trabajo*”, (Sexta edición) CIVITAS, Madrid 2002, pp. 1 ss.; KOCKA, J. op. cit. (*Historia del capitalismo*), pp. 141-156, sobre la evolución del trabajo asalariado.

¹¹⁹¹ La “sucesión laboral” no se adecua bien a la categoría tradicional de la novación contractual en ninguna de sus modalidades. La institución novatoria se describe por la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de febrero de 2015, en los siguientes términos: “Las partes pueden modificar la relación obligatoria en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). La cuestión es precisar si la alteración de la originaria relación obligatoria implica la creación de una nueva en sustitución de la anterior (novación extintiva, que contempla el art. 1204 CC) o aquella subsiste aunque con la modificación pretendida (novación modificativa que previene el art. 1203 CC). Para este último supuesto el art. 1203 CC dice: “las obligaciones pueden modificarse: 1.º Variando su objeto o sus condiciones principales; 2.º Sustituyendo la persona del deudor; 3.º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor”. Para analizar si lo querido por las partes ha sido sustituir una obligación por otra (novación extintiva), es preciso acudir al art. 1204 CC que señala que es necesario que “así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean del todo punto incompatibles”. La jurisprudencia de esta Sala, siguiendo el texto legal (art. 1203 CC), ha considerado que para que se aprecie la novación modificativa, no es necesario que se siga el rigorismo formal que exige el art. 1204 CC (SSTS de 11 de julio de 1985 y 26 de enero de 1988, y las allí citadas), pues, como señala esta última, para estimar una novación modificativa basta que el concierto de la misma se desprenda de hechos que tengan virtualidad suficiente para apreciarla. Siguiendo las SSTS de 16 de febrero de 1983, 4 de junio y 21 de diciembre de 1985 y 10 de julio y 8 de octubre de 1986, “las cuestiones relativas a la apreciación de los hechos determinantes de la novación es facultad propia de las instancias, a cuyo criterio hay que estar en tanto no ha sido adecuadamente impugnado...y que los límites que separan la novación extintiva de la modificativa cuando la misma se opera por variación del objeto o condiciones de la obligación son harto imprecisos ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para determinar la existencia de una o de otra”. Así también, entre otras más recientes, las SSTS de 18 de diciembre de 2012, 22 de noviembre de 2010 y 27 de septiembre de 2002, en cuanto señalan que la apreciación de la voluntad de novar y la interpretación de los hechos constituyen materia ajena a la casación. Finalmente, de acuerdo con reiterada doctrina de esta

Sala, también la interpretación como la calificación de los contratos viene atribuida a los órganos judiciales de instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación, salvo los supuestos que puedan ser calificadas de ilógicas, arbitrarias y manifiestamente contrarias al ordenamiento jurídico y no superen el test de racionalidad (SSTS de 12 de febrero y 20 de mayo de 2013, entre otras)”.

¹¹⁹² SSTS, Sala de Cuarta, de lo Social, de 24 y 25 de septiembre, 6 de noviembre, y 20 de diciembre de 2012, 12 y 26 de febrero, 24 de abril, 10 y 26 de mayo de 2013.

¹¹⁹³ Como afirma la STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 9 de abril de 2013, recogiendo la doctrina de la STJUE de 11 de marzo de 1997, Süzen, “en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. La noción de traspaso, la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo, considerable de la plantilla anterior, de tal forma que la sentencia del asunto Süzen vino a dar a ese conjunto el carácter de entidad económica”.

¹¹⁹⁴ Indica MONTROYA MELGAR, A., op. cit. (*Derecho y Trabajo*), p. 30.

¹¹⁹⁵ Norma que en materia de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se complementa con lo dispuesto en la directiva 2014/54/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 d abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de trabajadores, que protege a los trabajadores contra la discriminación por razón de nacionalidad, y se aplica a los aspectos que se refieren en los artículos 1 a 10 del Reglamento (UE) núm. 492/2011, de la libre circulación de los trabajadores, relativos a las “condiciones de empleo y trabajo, en particular por lo que se refiere a la remuneración, el despido, la salud y la seguridad en el trabajo y, en caso de desempleo, a las condiciones de reintegración profesional o de nuevo empleo” (artículo 2.1.b).

¹¹⁹⁶ STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 14 de enero de 2015 alude al “diverso alcance con que el ordenamiento admite el despliegue de la autonomía de la voluntad en uno y otro tipo de contratos. Cuando afrontamos un contrato de trabajo común (...), la norma tutela a la parte más débil e impide la validez de acuerdos que menoscaben sus derechos mínimos. Los recíprocos derechos y obligaciones pueden regularse por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos (art. 3.1.c ET). Sin embargo, la menor intensidad laboral que cuadra con el contrato de alta dirección se manifiesta claramente cuando el art. 3.1 del RD 1382 prescribe que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación”.

¹¹⁹⁷ La STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 27 de septiembre de 2011, afirma lo siguiente: “La sucesión empresarial comporta el respeto de las convenciones contractuales del personal de alta dirección, no sólo es una elemental consecuencia del negocio de absorción (...), y del propio concepto de la subrogación, que supone situarse -a efectos obligacionales- en la exacta posición jurídica del subrogado, sino que es un presupuesto de la previsión contenida en el art. 10.3.d) RD 1382/85, porque si el alto directivo puede durante los tres meses siguientes a la sucesión (mediando determinadas circunstancias) extinguir su “contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas, y en su defecto fijadas en esta norma”, no cabe duda que para el legislador el contrato persiste en sus propios términos y que el precepto se limita a contemplar un supuesto específico de dimisión causal, resultando totalmente arbitrario pretender (...) que si no es ejercida esa facultad por el trabajador su contrato pasa a regirse por las normas del RD 1382/85 y no por las del contrato. La cualidad intuitu personae que acompaña este tipo de relación y que justifica su especial configuración legal (“la recíproca confianza que debe existir entre ambas partes, derivada de la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la Empresa en cuanto a facultades y poderes”, conforme al Preámbulo del RD), hace comprensible también que el alto directivo pueda proceder a extinguir indemnizadamente su contrato por variaciones en la titularidad societaria (porque el cambio empresarial puede afectar a la imagen social del trabajador o comportar cambios no deseables en su carrera profesional); como la especial relevancia de la fiducia en esta relación especial justifica asimismo que la empresa sucesora desista de la relación laboral con el personal directivo (ex art. 11), pero lo que no tiene sentido es que la novación subjetiva en la persona del empleador sea seguida -si el alto directivo no hace uso de su facultad extintiva con derecho a la indemnización pactada- por la novación objetiva de su contrato, perdiendo toda virtualidad la regulación convencional y pasando la relación a regirse por las exclusivas previsiones del RD 1382/85, entre ellas la relativa a la indemnización por desistimiento o despido. Y no es ya que tal

consecuencia no esté expresa o implícitamente contenida en norma alguna (como efectivamente no lo está), sino que carece de todo rigor lógico que la extinción por voluntad del trabajador se atenga al importe pactado con la empresa subrogada y que la efectuada por la empresa atienda al importe -ya inferior- fijado en el RD; la diversidad pretendida pugna con el deseable equilibrio negocial y con la regulación paritaria que el legislador hace para los supuestos de extinción del contrato por voluntad de una y otra parte, no sólo respecto de la relación laboral común (arts. 50 y 56 ET), sino en el propio RD 1382/85 (arts. 10.3 y 11.1). Es más, el mantenimiento de las mismas condiciones laborales por parte del personal de alta dirección en el caso de la sucesión de empresa, es conclusión que también se ve reforzada por la previsión contenida en el art. 3.1 de la Directiva 2001/23 /CE respecto de la continuidad automática e íntegra de las relaciones laborales en curso (“los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso”) cuyos inequívocos términos -que no excepcionan relación laboral alguna, ordinaria o especial- habrían de imponerse en caso de duda interpretativa (...) de nuestra legislación, habida cuenta de que la primacía del Derecho comunitario llega a influir en la hermenéutica de la normativa nacional, puesto que “el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del art. 189 del Tratado” -actual art. 249- (STJCE 13/11/90, Asunto Marleasing, apartado 8. Doctrina de constante reiteración: entre las recientes, sentencias de 11/09/07, Hendrix; 24/06/08, A. Commune Mesquer; y 25/07/08, Janecek)” (así, STS 24/06/09). Sin que en el caso pueda afirmarse -a la vista de las razones dadas en el anterior fundamento jurídico- que con esta consideración de la referida Directiva Comunitaria se fuerza indebidamente la interpretación de la normativa interna (algo censurado por las SSTJCE 16/12/93, Asunto 334/92; 14/07/94, Asunto C- 91/92; y 04/07/06, Asunto C - 212/04), porque no se trata ya de que nuestra legislación ofrezca un margen de apreciación en el que aplicar la Directiva como instrumento hermenéutico, sino que ofrece (...) una regulación plenamente coincidente con el Derecho Comunitario (al menos en lo que podríamos llamar “garantía básica” en la sucesión, de asunción de los derechos y obligaciones existentes a la fecha de la transmisión, que es de lo que aquí tratamos). De esta forma -la coincidencia de protección ofrecida al respecto por la Directiva 2001/23 / CE y por el RD 1382/85 - excluiría la no siempre fácil cuestión relativa a los efectos directos de la normativa comunitaria, que si bien se admiten sin género de dudas en el plano “vertical” y limitados a las relaciones entre los poderes públicos y los particulares (STCE 05/04/79, Asunto Ratti), también se sostiene que carecen de eficacia invocable en plano “horizontal”, pues “una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocado en su calidad de tal en su contra” (SSTJCE 26/02/86, Asunto Marshall; 14/07/94, Asunto Faccini Dori; 07/12/95, Asunto 472/1993; 14/09/00, Asunto Pollino; y 04/05/01, Asunto RAS). Y aquella misma protección - para nosotros indudable- otorgada por el Código Civil y el RD 1382/85 respecto de lo que previamente llamamos “garantía básica”, también (...) exime de hacer consideraciones respecto de la trascendencia que (...) pueda significar la DA Primera de la Ley 3/2009, al referirse -sin distinguir tipo alguno de relación laboral- a que en las modificaciones estructurales de las empresas se aplicarán “las previsiones recogidas en el artículo 44” ET”.

¹¹⁹⁸Indica la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 24 de septiembre de 2013, lo siguiente: “La referencia legislativa al problema del empleo y en relación a la fusión, no puede quedar en un mero pronunciamiento programático o de estilo (...). Caso contrario no entenderíamos el porqué es necesario mencionarlo legislativamente, y sobre todo, especificar sus consecuencias. Lo anterior cobra más importancia, si cabe, por la realidad social que nos toca vivir y de todos conocido, criterio interpretativo al que se refiere el art. 3.1, del Código Civil”.

¹¹⁹⁹SSTSJ, Salas de lo Social, de Navarra de 11 de diciembre de 2006 y de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 12 de enero de 2010.

¹²⁰⁰Según resuelve el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 26 de mayo de 2005, asunto C-478/03, Celtec Ltd, John Astley y otros: “El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 77/187 debe interpretarse en el sentido de que la fecha de la transmisión a efectos de esta disposición corresponde a la fecha en que se realizó la transmisión, del cedente al cesionario, de la condición de empresario responsable de la explotación de la entidad transferida. Esta fecha es un momento preciso, que no puede ser fijado en una fecha distinta a elección del cedente o del cesionario. A efectos de la aplicación de dicha disposición, se considera que los contratos y las relaciones laborales existentes, en la fecha de la transmisión en el sentido precisado anteriormente, entre el cedente y los trabajadores adscritos a la empresa trasferida se transmiten, en dicha fecha, del cedente al cesionario, cualesquiera que sean las modalidades acordadas al respecto entre éstos”.

¹²⁰¹STJUE de 6 de noviembre de 2003, asunto C-4/01, Serene Martin, Rohit Daby, Brian Willis y South Bank University, que, no obstante, añade lo siguiente: “Sin embargo, la Directiva sólo persigue una armonización

parcial de la materia de que se trata, haciendo extensible en lo esencial la protección garantizada a los trabajadores de forma autónoma por el Derecho de los distintos Estados miembros a la hipótesis de una transmisión de empresa. La Directiva no pretende instaurar un nivel de protección uniforme para toda la Comunidad en función de criterios comunes. Por consiguiente, la Directiva sólo puede invocarse para garantizar que el trabajador interesado quede protegido en sus relaciones con el cesionario tal como lo estaba con el cedente, en virtud de la normativa del Estado miembro de que se trate. Por consiguiente, en la medida en que, al margen del supuesto de una transmisión de empresa, el Derecho nacional permita modificar la relación laboral en un sentido desfavorable para los trabajadores, una modificación de este tipo no puede excluirse sólo por el hecho de que, entre tanto, la empresa haya sido objeto de una transmisión y, por consiguiente, el acuerdo se haya celebrado con el nuevo empresario. En efecto, al subrogarse el cesionario en la situación del cedente en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva, por lo que respecta a los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, ésta puede modificarse en relación con el cesionario dentro de los límites que cabría aplicar si se hubiese tratado del cedente, debiendo quedar claro que la transmisión de empresa en ningún caso puede constituir por sí misma el motivo de dicha modificación. Por estas razones, un trabajador no puede renunciar a los derechos que le confieren los preceptos imperativos de la Directiva. Ésta no se opone, sin embargo, a una modificación de la relación laboral concertada con el nuevo empresario si el Derecho nacional aplicable admite dicha modificación al margen del supuesto de una transmisión de empresa”, que reitera el contenido de la STJUE de 10 de febrero de 1988, asunto 324/86, Tellerup, denominada Daddy’s Dance Hall.

¹²⁰² TODOLÍ SIGNES, A., “*El principio de igualdad y las dobles escalas salariales*”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), núm. 383, Febrero de 2015, p. 58; STS, Sala de lo Social, de 31 de octubre de 2001.

¹²⁰³ Indica la STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 211 de noviembre de 2000: “Con carácter general, el negocio jurídico, sobre todo en su modalidad o variedad contractual, se integra, como elemento esencial del mismo, por la voluntad de quien o quienes en el mismo intervienen. Tal voluntad ha de ser exteriorizada o manifestada, a través de signos que permitan conocer su existencia y conseguir el resultado social a que va encaminada. Es necesario por tanto que la declaración sea emitida y que lo expresado sea percibido o perceptible por quien corresponda. La voluntad negocial puede manifestarse, según diferenciación consagrada, de dos maneras: una expresa, otra tácita. Hay declaración expresa cuando se utilizan signos, por lo común escritos u orales, encaminados a lograr la percepción de que se habló. Hay declaración tácita cuando su autor no utiliza esos signos explícitos, sino que lleva a cabo un comportamiento o conducta de los que se infiere inequívocamente su voluntad; se habla de declaración tácita, porque no resulta de lo dicho, sino de lo hecho (“*facta concludentia*”). Nuestro Código civil alude a esta distinción en ocasiones varias. (...). La jurisprudencia civil ha admitido desde hace mucho tiempo el juego negocial de las declaraciones de voluntad tácitas, aunque con las cautelas adecuadas; en particular, la de que tal voluntad se deduzca de “datos inequívocos” (STS 5 diciembre 1964); o la de que el comportamiento del interesado consista en actos u omisiones, de cuya naturaleza o circunstancias “se derive lógica y rigurosamente el consentimiento de la persona que los ha ejecutado” (STS 30 noviembre 1953); o lo que es lo mismo: que sean “actos de positivo valor, demostrativo inequívocamente de una voluntad determinada” (STS 30 noviembre 1957). En el contrato de trabajo es válido todo lo que se acaba de decir. Y puede hacer aparición la declaración de voluntad tácita en cualquiera de sus fases principales: nacimiento, desarrollo, extinción. En cuanto a ésta última, cabe recordar que los contratos bilaterales o sinalagmáticos, si son de trato único, tienen como causa normal o principal de extinción el propio cumplimiento de lo pactado. Pero si son contratos de tracto sucesivo, el cumplimiento de lo estipulado no hace más que confirmar su subsistencia. Por eso, lo que a las partes importa más bien refiere a los medios con que cuentan para romper esa continuidad. En nuestro derecho, donde se parte de que hay un contratante débil, que es el trabajador, lo que más interesa es delimitar y constreñir las posibilidades extintivas del empresario, a quien se exige la concurrencia de ciertas causas, como muestra el art. 49, con los concordantes, del Estatuto de los Trabajadores. En cambio, al trabajador nada se pide: el citado precepto, en su núm. 1.d), previene que el contrato se extingue “por dimisión del trabajador”. Esa dimisión o voluntad unilateral del trabajador, de extinguir el vínculo contractual que le une a su empresario, puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita. Es decir, mediante signos escritos u orales dirigidos al empresario, pues se trata de una decisión recepticia; o mediante un comportamiento del cual cabe deducir esa intención extintiva. Pues bien, también la jurisprudencia, en este caso la social, se ha ocupado de introducir parejas cautelas. Así, se ha declarado que “la dimisión del trabajador no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, basta que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral” (STS 1º octubre 1990). También se ha dicho que la dimisión exige como necesaria una voluntad del trabajador “clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito; puede ser expresa o tácita; pero en este caso ha de manifestarse por hechos concluyentes, es decir, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención y alcance” (STS 10 diciembre 1990). (...) Para que exista la causa extintiva en examen es preciso que “se produzca una

actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en este sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral”; en esta línea, y a los efectos de delimitar el llamado abandono frente al despido disciplinario por falta de asistencias al trabajo, se subraya que éstas no pueden considerarse, objetivamente y al margen de un contexto en el que por su continuidad o por otras circunstancias aparezcan dotadas de un indudable significado extintivo; en cualquier caso, para valorar el propósito del trabajador “hay que precisar de forma inequívoca las motivaciones e impulsos que le animan toda vez que la voluntad de realizar un acto culposo laboral es diferente de la necesaria para extinguir la relación laboral” (STS 3 junio 1988). (...) La dimisión del trabajador, como todo acto negocial, en este caso con finalidad de extinguir otro negocio más amplio, y de carácter sucesivo o prologado, que es el propio contrato de trabajo, requiere una voluntad incontestable en tal sentido; la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario, de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral. De ahí que el llamado abandono (mencionado en la vieja Ley de Contrato de Trabajo de 1944, art. 81; y tangencialmente en el ET, art. 21.4 a propósito de los pactos de permanencia), materializado en una inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo, no sea algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión; sino que, y este sería el significado unificador de la presente resolución, se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato”; “La dimisión del trabajador, como todo acto negocial, en este caso con finalidad de extinguir otro negocio más amplio, y de carácter sucesivo o prologado, que es el propio contrato de trabajo, requiere una voluntad incontestable en tal sentido; la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario, de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral”, precisa la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 15 de octubre de 2012.

¹²⁰⁴ Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ATJUE) de 18 de enero de 2015, asunto C-688/13, Gimnasio Deportivo San Andrés, S.L., en liquidación, en el que participan: Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Fondo de Garantía Salarial.

¹²⁰⁵ Con cita de la STJUE de 4 de junio de 2002, asunto C-164/00, Katia Beckmann y Dynamco Whicheloe Macfarlane Ltd.

¹²⁰⁶ Con cita de la STJUE de 16 de octubre de 2008, asunto C-313/04, Kirtruna, S.L., Elisa Vigano y Red Elite de Electrodomésticos, S.A., Cristina Delgado Fernández de Heredia, Sergio Sabini Celio y Miguel Oliván Bascones, en calidad de administradores concursales de Red Elite de Electrodomésticos, S.A., Electro Calvet, S.A.

¹²⁰⁷ Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ATJUE) de 18 de enero de 2015, asunto C-688/13, Gimnasio Deportivo San Andrés, S.L., en liquidación, en el que participan: Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Fondo de Garantía Salarial, con la siguiente cuestionable justificación: “Esta posibilidad de establecer una excepción permite no sólo garantizar el pago de los salarios de los trabajadores afectados, sino también mantener el empleo garantizando la supervivencia de la empresa en dificultades”,

¹²⁰⁸ Precizando que “no obstante, según se desprende del propio tenor de dicho artículo 5, apartados 1 y 2, primera parte de la frase, los Estados miembros pueden optar por la aplicación de los artículos 3 y 4 a una transmisión de empresa en el marco de un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente y que se encuentre bajo la supervisión de una autoridad pública competente. Cuando un Estado miembro hace uso de esta aplicación facultativa, dicho artículo 5, apartado 2, le permite, no obstante, bajo ciertas condiciones, no aplicar determinadas garantías recogidas en los artículos 3 y 4 de la Directiva 2001/23, siempre que se abra un procedimiento de insolvencia y éste se encuentre bajo la supervisión de una autoridad pública competente (STJUE de 11 de junio de 2009, asunto C-561/07, Comisión de las Comunidades Europeas, contra República Italiana) Así, como excepción al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23, ese Estado miembro puede disponer, con arreglo al artículo 5, apartado 2, letra a) y b), de ésta, que las obligaciones del cedente derivadas de los contratos o de las relaciones laborales que puedan existir antes de la fecha de la transmisión o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento asegure, en virtud de la legislación de ese Estado miembro, una protección como mínimo equivalente a la que garantiza la Directiva 80/987, y que, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, puedan pactarse cambios en las condiciones contractuales de empleo, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa. Dicho artículo 5 dispone igualmente, en su apartado 4, que los Estados miembros han de tomar las medidas oportunas para evitar que se abuse de

los procedimientos de insolvencia para privar a los trabajadores de los derechos resultantes que en virtud de la Directiva 2001/23 les asisten”.

¹²⁰⁹ Son otras precisiones del ATJUE de 18 de enero de 2015, asunto C-688/13, Gimnasio Deportivo San Andrés, S.L., en liquidación, en el que participan: Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Fondo de Garantía Salarial, relevantes y que deben hacerse constar las siguientes: “Como se desprende de su tercer considerando y de su artículo 3, la Directiva 2001/23 tiene por objeto proteger a los trabajadores garantizando el mantenimiento de sus derechos en caso de transmisión de empresa (STJUE de 16 de octubre de 2008, asunto C-313/04, Kirtruna, S.L., Elisa Vigano y Red Elite de Electrodomésticos, S.A., Cristina Delgado Fernández de Heredia, Sergio Sabini Celio y Miguel Oliván Bascones, en calidad de administradores concursales de Red Elite de Electrodomésticos, S.A., Electro Calvet, S.A.). Sin embargo, habida cuenta de las diferencias existentes en los Estados miembros en lo que se refiere al alcance de la protección de los trabajadores en este ámbito, dicha Directiva pretende reducir tales diferencias mediante una aproximación de las legislaciones nacionales, sin prever, no obstante, una armonización completa en la materia (STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto C-458/12, Lorenzo Amatori y otros y Telecom Italia SpA, Telecom Italia Information Technology Srl, anteriormente Shared Service Center Srl). Tal como resulta de su título, el capítulo II de la Directiva es el que contiene, en particular en sus artículos 3 a 5, las normas en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores. El artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de dicha Directiva enuncia el principio según el cual los derechos y las obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión serán transferidos al cesionario. En la misma perspectiva de mantenimiento de los derechos de los trabajadores, la Directiva 2001/23 dispone, por un lado, en su artículo 3, apartado 3, que el cesionario está obligado a mantener, después de la transmisión, las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la extinción o expiración del convenio colectivo, o hasta la aplicación de otro convenio colectivo (STJUE de 27 de noviembre de 2008, asunto C-396/07, Mirja Juuri y Fazer Amica O.). Por otro lado, la misma Directiva establece, en su artículo 4, apartado 1, que la transmisión de una empresa no constituye en sí misma un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Estas normas protectoras deben considerarse imperativas, en el sentido de que los Estados miembros no pueden establecer excepciones en perjuicio de los trabajadores a lo previsto en ellas (STJUE de 11 de junio de 2009, asunto C-561/07, Comisión de las Comunidades Europeas, contra República Italiana), sin perjuicio de las excepciones previstas por la propia Directiva”.(...), el artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 2001/23 autoriza a los Estados miembros a limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, siempre y cuando éste no sea inferior a un año, el artículo 3, apartado 4, letra a), de dicha Directiva dispone que, salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los apartados 1 y 3 no serán aplicables a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de seguridad social de los Estados miembros (...) esta última excepción a la aplicación de los apartados 1 y 3 del artículo 3 de la Directiva 2001/23, que obligan al cesionario a mantener los derechos y las obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral así como las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, ha de ser interpretada de manera restrictiva, habida cuenta del objetivo general de protección de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas que persigue dicha Directiva. Así, sólo las prestaciones concedidas fuera de los regímenes legales de seguridad social taxativamente enumeradas en el artículo 3, apartado 4, letra a), de la Directiva 2001/23 pueden sustraerse a la obligación de transmisión de los derechos de los trabajadores (STJUE de 11 de junio de 2009, asunto C-561/07, Comisión de las Comunidades Europeas, contra República Italiana). Es preciso señalar asimismo que, conforme al artículo 3, apartado 4, letra b), de dicha Directiva, aun cuando los Estados miembros apliquen esta excepción, la exclusión de la obligación de transmisión enunciada en esta disposición deberá acompañarse de la adopción, por parte del Estado miembro de que se trate, de las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores -incluyendo quienes hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento de la transmisión- en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o en curso de adquisición, a prestaciones de jubilación, comprendidas las prestaciones para los supervivientes, con arreglo a los regímenes complementarios contemplados en el mismo apartado 4, letra a) (STJUE de 11 de junio de 2009, asunto C-561/07, Comisión de las Comunidades Europeas, contra República Italiana)”.

¹²¹⁰ Detalladamente explicitadas en el Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario. Informe N°: E 2/2009, de 15 de diciembre de 2010.

¹²¹¹ Sobre el efectos directo vertical de la das Directivas, BOU FRANCH, V. (director), “*Introducción al Derecho de la Unión Europea*”, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 333-336, y sobre la primacía del Derecho de la Unión pp. 340-347, en relación con nuestro derecho pp. 347-354, el Tribunal se ha pronunciado sobre la primacía del Derecho de la Unión Europea en sus Decisiones 1/1992, Pleno, de 1 de julio de 1991, y 1/2004, Pleno, de 12 de diciembre de 2004. En términos de ésta última Decisión: “Primacía y

supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, DTC 1/1992 FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado. Y así han sido las cosas entre nosotros desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986. Entonces se integró en el Ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualesquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción. Ese principio de primacía, de construcción jurisprudencial, formaba parte del acervo comunitario incorporado en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, pues se remonta a la doctrina iniciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades con la Sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa contra ENEL). Por lo demás nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las “competencias derivadas de la Constitución”, cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento, como hemos dicho, en el art. 93 CE. En concreto nos hemos referido expresamente a la primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad en nuestra STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, con reproducción parcial de la Sentencia Simmenthal del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 1978, y en la posterior STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a). En nuestras posteriores SSTC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, 120/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del Ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias Vand Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, y Costa contra ENEL, de 15 de julio de 1964”.

¹²¹² Como se precisa en la conclusión 25 de las presentadas por la Abogado General Sra. Christine Stix-Hackl, el 11 de julio de 2002, en el asunto C-417/00, Agrargenossenschaft Pretzsch eG y Amt für Landwirtschaft und Flurneuordnung Anhalt.

¹²¹³ Ejemplar al respecto es la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, Comisión/Países Bajos.

¹²¹⁴ STJUE de 2 de diciembre de 199, asunto C-234/98, G.C. Allen y otros y Amalgamated Construction Co. Ltd.; También en SSTJUE de 17 de diciembre de 1987, Asunto 287/86, Ny Mølle Kro, y de 10 de febrero de 1988, asunto 324/86, Tellerup, denominada Daddy’s Dance Hall.

¹²¹⁵ STJUE, de 26 de mayo de 2005, asunto C-478/03, Celtec Ltd y John Astley y otros.

¹²¹⁶ Aplicado el criterio expuesto por el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 39, de las presentadas el 3 de junio de 2010, en el asunto C-242/09, Albron Catering BV, que precisa en la misma conclusión, siguiendo el criterio establecido en la STJUE de 13 de septiembre de 2007, asunto C-458/05, Jouini y otros, lo siguiente: “El único criterio determinante para la transmisión de los derechos y obligaciones de los trabajadores consiste en la cuestión de si se transmite o no el servicio al que están asignados y en el marco del cual se concreta, desde el punto de vista organizativo, su relación laboral”.

¹²¹⁷ “Ese concreto efecto, la no extinción del vínculo contractual por el mero hecho del cambio de titularidad empresarial, no abarca otra consecuencia distinta ni el precepto en cuestión lo recoge, como es lo que descriptivamente denominábamos efecto Lázaro: esto es, la resurrección de los contratos de trabajo mantenidos por el anterior empresario que se hubieran extinguido con anterioridad a la transmisión de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, como tampoco de los derechos y obligaciones que un trabajador del nuevo empresario hubiera tenido con el anterior, cuando el contrato de trabajo con éste

hubiera fenecido antes del cambio de titularidad y su contratación por el actual fuese posterior al momento de la transmisión”, afirma las SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 25 de junio y 17 de diciembre de 1993, y 17 de mayo de 2005.

¹²¹⁸ “No es posible (...) extender la responsabilidad del despido a una empresa que se hace cargo del centro de trabajo después de la extinción del contrato (...). El vínculo de la demandante con su empleador ya se había extinguido antes del cambio de empresario, por lo que la nueva empresa no tiene obligación de subrogarse ni en ese ni en ninguno de los contratos laborales que hubiera concertado y extinguido la empresa antes del cambio de titular”, dice la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 13 de mayo de 2015.

¹²¹⁹ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, 3 de septiembre de 2013.

¹²²⁰ “La jurisprudencia laboral, al estudiar los grupos de empresa en las relaciones laborales, se ha centrado esencialmente en deslindar las fronteras entre los grupos de empresa mercantiles no patológicos, en cuyo caso cada empresa del grupo responde diferenciadamente de sus responsabilidades y los grupos de empresa laborales o patológicos, relacionados con la concurrencia de fraude de ley, cuyas empresas responden solidariamente de las responsabilidades asumidas formalmente por cualquiera de ellas, al entenderse que el empresario real es el grupo en su conjunto (...), los grupos de empresa mercantiles no responden de las responsabilidades de sus empresas partícipes, aunque las mismas se originen completamente en decisiones tomadas por la empresa dominante. Por el contrario, los grupos de empresa a efectos laborales o patológicos responden solidariamente de las responsabilidades de cada una de las empresas del grupo, porque el empresario real es la empresa en su conjunto”, afirma la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN), Sala de lo Social, de 25 de febrero de 2013, que precisa lo siguiente: “La sentencia del Tribunal Supremo de 22-10-2012, ha sintetizado las diferencias entre una y otra modalidad de grupos de empresa, del modo siguiente: “La juridificación y normalización de la empresa, especialmente las empresas de estructura compleja, como son los grupos de empresa, es una de las tareas más arduas para la ciencia jurídica, como viene defendiendo la mejor doctrina (...). En efecto, el grupo de empresas se configura como un agrupamiento de empresas jurídicamente distintas, pero sujetas a una dirección unitaria, que permite identificar un fenómeno de centralización efectiva de las decisiones en la empresa dominante, que se ejecutan de modo descentralizado y flexible por las demás empresas del grupo. El grupo de empresas, llamado también empresa de grupo, porque realza el fenómeno de una unidad empresarial con pluralidad de empresarios, no ha sido integrada de modo unitario en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que no le ha otorgado un régimen jurídico mínimamente homogéneo. Es así, aunque el art. 42 del Código de Comercio defina la concurrencia de grupo de empresas cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras, de modo similar a la definición, contenida en el art. 2.1.b de la Directiva 2009/1992, de 30 de junio, que describe funcionalmente al grupo de empresas como aquel complejo empresarial grupal o asociativo formado por una “empresa que ejerce control y las empresas controladas”, por cuanto no existe hasta el presente un régimen jurídico capaz de institucionalizar de modo unitario a la empresa con estructura de grupo. De hecho, la cuestión ha sido abordada por esta Sala en numerosas sentencias en las que viene manteniendo una constante doctrina. Así, en la sentencia de 8 de junio de 2005, establece: “En el marco de la responsabilidad compartida por los integrantes del grupo, en la aludida sentencia, en la de 21 de diciembre de 2000 y otras posteriores, hemos declarado que para extender la responsabilidad no basta la concurrencia de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo, para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria, sino que es necesaria la concurrencia de otros elementos adicionales, como la confusión de plantillas; la confusión de patrimonios sociales; la apariencia externa de unidad empresarial y la dirección unitaria de varias entidades empresariales; por consiguiente, los componentes del grupo tienen, en principio un ámbito de responsabilidad propio, como personas jurídicas independientes que son. En síntesis, la unidad real del grupo como ente empresarial único requiere: unidad de actividades; trasvase de fondos y cesiones inmobiliarias; movilidad de los trabajadores en el seno del grupo; estrategia unificadora y prestaciones laborales indiferenciadas, es decir, que los trabajadores realicen su prestación de modo simultáneo e indiferenciado en varias sociedades del grupo”. Por su parte la sentencia de 3 de noviembre de 2005 señala: “Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores, sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995, la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001, configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales. En consecuencia, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial, la mera

presencia de administradores o accionistas comunes (STS 21-12-2000, STS 26-12-2001), o de una dirección comercial común (STS 30-4-1999), o de sociedades participadas entre sí (STS 20-1-2003) no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales. Esta doctrina ha sido reiterada últimamente en la sentencia de 8 de junio de 2005”.

¹²²¹ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2014.

¹²²² STJUE de 21 de octubre de 2010, asunto C-242/09, Albron Catering BV, que añade: “En el supuesto de transmisión, en el sentido de la Directiva 2001/23, de una empresa perteneciente a un grupo, a una empresa ajena al grupo, puede considerarse igualmente “cedente”, en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, la empresa del grupo a la que los trabajadores estaban destinados de manera permanente sin que, sin embargo, estuvieran vinculados a ésta mediante un contrato de trabajo, aunque exista dentro de dicho grupo una empresa con la que los trabajadores de que se trate estaban vinculados mediante tal contrato de trabajo”.

¹²²³ GONZÁLEZ BIEZMA, E., op. cit. (*“El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo”*), Madrid 1989, pp. 47-82

¹²²⁴ SSTJCE de 7 de febrero de 1985, asunto 135/83, Abels, de 11 de julio de 1985, asunto 105/85, Mikkelsen, y de 7 de diciembre de 1995, asunto C-472/93, Spano.

¹²²⁵ Que se define como “cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate”, en su artículo 2.1.d), y que ya fue objeto de atención por la Directiva 98/50. Aquella insuficiencia de la Directiva 77/187 había generado una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que si bien se centró inicialmente, para considerar si una persona “trabajaba por cuenta ajena”, en la existencia o no de un contrato de trabajo en el momento del traspaso, finalmente la jurisprudencia consideró que tal apreciación correspondía a los órganos jurisdiccionales nacionales, STJCE de 11 de julio de 1985, asunto 105/8, A/S Danmøls Inventar; La amplitud del concepto de trabajador, según la jurisprudencia comunitaria se pone en evidencia en el sentido que hoy en día le es más propio, esto es en materia de ordenación del tiempo de trabajo, así en las SSTJUE 14 de octubre de 2010, asunto C-428/09, Union syndicale Solidaires Isère y Premier ministre, Ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la Ville, Ministère de la Santé et des Sports, 1 de marzo de 2012, asunto C-393/10, Dermot Patrick O’Brien y Ministry of Justice, y de 26 de marzo de 2015, asunto C-316/13, Gérard Fenoll y Centre d’aide par le travail “La Jovenne”, Association de parents et d’amis de personnes handicapées mentales (APEI) d’Avignon, según ésta última sentencia el concepto de “trabajador” “debe definirse según criterios objetivos que caracterizan a la relación laboral atendiendo a los derechos y los deberes de las personas interesadas. Se ha de considerar “trabajador” a cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. La característica esencial de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”, no siendo relevante para esa calificación ni el salario, que puede estar muy por debajo del salario mínimo, ni el origen de los recursos para retribuirle (puede provenir de subvenciones, etc.), ni su productividad, que puede ser más o menos elevada, basta que su actividad sea “real y efectiva”, por ello resuelve aquella sentencia que los trabajadores discapacitados, se incluyen en el concepto de trabajador. Bien que como precisa el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, sus conclusiones 29-30 y 31, de las presentadas el 12 de junio de 2014, en aquel asunto C-316/13, “el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate”, recordando que a los efectos de ordenación del tiempo de trabajo, “ese concepto no puede ser objeto de una interpretación variable según los Derechos nacionales, sino que tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión. Debe definirse según criterios objetivos que caracterizan a la relación laboral atendiendo a los derechos y los deberes de las personas interesadas. Pues bien, la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración. Por otra parte, la calificación relativa al concepto de trabajador debe fundarse en criterios objetivos y apreciar globalmente todas las circunstancias del asunto. A este respecto, la naturaleza jurídica sui generis de una relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión. Esto supone, (...), que la circunstancia de que las personas discapacitadas que (...) sólo estén sujetas a algunas normas del code du travail no constituye un obstáculo a que eventualmente puedan ser calificadas como “trabajador” (...). Por último, el Tribunal de Justicia ha declarado que “debe considerarse trabajador a cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio”. La comprobación del requisito relativo al ejercicio de actividades por cuenta ajena reales y

efectivas (...) debe basarse en criterios objetivos y apreciar globalmente todas las circunstancias del asunto y en particular, asegurarse de que las prestaciones efectivamente realizadas forman parte normalmente del mercado de empleo”.

¹²²⁶ A tal situación ya se pretendió poner fin con la regulación de la Directiva 98/50/CE, según la cual “la seguridad y transparencia jurídicas requieren que se aclare el concepto de traspaso”, indicaba en su Considerando 4.

¹²²⁷ El “mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad”, se regulo en la Unión europea mediante la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, de 1977; sobre esta Directiva y legislación comparada GONZALEZ BIEZMA, E., “*El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*”, Madrid 1989, pp. 47-82; La Directiva 77/187/CEE tuvo una larga vigencia, hasta que fue modificada “de forma sustancial”, por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998 (el 9 de diciembre de 1998 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores). Aquella normativa comunitaria, con el transcurso del tiempo, mostró sus limitaciones e insuficiencias, provocando una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en ocasiones, insegura, fluctuante e incluso contradictoria. Tal fue el supuesto de algunos procedimientos concursales (si aquella jurisprudencia resultó pacífica en lo que hace a los procedimientos de quiebra, no lo fue, en absoluto, en lo relativo a otros procedimientos concursales, como la suspensión de pagos, así en las SSTJCE de 7 de febrero de 1985, asunto 135/83, Abels, de 11 de julio de 1985, asunto 105/85, Mikkelsen, y de 7 de diciembre de 1995, asunto C-472/93, Spano y en materia de grupos). Por ello no tardó en apreciarse la necesidad, “en aras de una mayor racionalidad y claridad”, de proceder a la codificación y armonización de la mencionada normativa, aprobándose la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, que si bien no ha solucionado toda la problemática que con la anterior regulación se puso de manifiesto, bien que continúen planteándose dudas sobre la idea misma de “traspaso” (a tal situación ya se pretendió poner fin con la regulación de la Directiva 98/50/CE, según la cual “la seguridad y transparencia jurídicas requieren que se aclare el concepto de traspaso”), que ha sido fuente de una inagotable jurisprudencia comunitaria, o incluso el concepto de trabajador, que se define como “cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate” (art. 2.1.d). y que ya fue objeto de atención por la Directiva 98/50. Aquellas insuficiencias de la Directiva 77/187 había generado una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que si bien se centró inicialmente, para considerar si una persona “trabajaba por cuenta ajena”, en la existencia o no de un contrato de trabajo en el momento del traspaso, a la postre consideró que tal apreciación correspondía a los órganos jurisdiccionales nacionales, STJCE de 11 de julio de 1985, asunto 105/8, A/S Danmøls Inventar. En cualquier caso ha de afirmarse que la aprobación de la Directiva 2001/23 supuso un avance significativo.

¹²²⁸ STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 14 de abril de 2014, lo que se pone singularmente de manifiesto en relación con la determinación del convenio colectivo aplicable, indicando al respecto la precitada sentencia lo siguiente: “a) En relación con los nuevos trabajadores contratados después de la subrogación no cabe duda de que el Convenio que se les habrá de aplicar no podrá ser otro que el del Convenio al que está sometida la empresa conforme se ha dicho, pues, como también se ha indicado, el art. 82.3 ET contiene un mandato imperativo imposible de soslayar. En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias de 3 de junio de 2002 y 3 de noviembre de 2009 entre otras. b) Problema distinto lo presenta la determinación de qué Convenio habrá de serles de aplicación a los trabajadores procedentes de la empresa absorbida y en este sentido el art. 44 del ET está claro en cuanto dispone en su apartado 4 que “salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión, mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida”, a lo que añade tras punto y aparte que “Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”. Esta misma disposición es la que se contempla en la Directiva 2001/23/CE en su art. 1.3, de la que aquella procede, y de tales previsiones se deduce claramente salvo pacto en contrario (...), el Convenio que habrá de aplicar a los trabajadores absorbidos será el que traían hasta que se negocie o aplique a la empresa absorbente un nuevo Convenio, en interpretación reiterada que en tal sentido ha hecho esta Sala como puede apreciarse en sentencias, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - así STJUE de 6-9-2011 -, como de este Tribunal Supremo - por todas 11-10-2002, 30-9-2003, 18-9-2006, 12-4-2010, 14-2-2011 o 12-4-2011”; El tenor del artículo 44 ET, que expresamente alude a la fusión en su apartado 8, es el siguiente: “1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su

normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente; 2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria; 3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas; El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito; 4. Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida; 5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad; 6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos: a) Fecha prevista de la transmisión; b) Motivos de la transmisión; c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y d) Medidas previstas respecto de los trabajadores; 7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión; 8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión. En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos; 9. El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 (...); 10. Las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios, cedente y cesionario, o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquéllos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto”.

¹²²⁹ Así STS, Sala de lo Social, de 16 de junio de 2015; Son muchos los convenios colectivos que la establecen, tradicionalmente en los sectores de limpieza de locales y oficinas o en seguridad privada, baste con una somera cita a las SSTSJ de Catilla y León, Sala de lo Social, de 28 de mayo y 1 de junio de 2015.

¹²³⁰ Una extensa explicación de los distintos tipos de “sucesión de empresa” admitidos en nuestro ordenamiento jurídico puede verse en la SSTSJ de Navarra, Salas de lo Social, de 26 de septiembre de 2013, de Madrid de 13 de noviembre de 2009 y 13 de noviembre de 2011, y de de Cantabria de 18 de septiembre de 2013.

¹²³¹ CONFORTI, L., y ZUCCHETTI, R, “*Diritto comunitario del lavoro-Tutela delle condizioni economiche del lavoratori, sicurezza e salute di lavoro*”, Roma 1994, p. 224, afirman que las sucesiones laborales constituyen “situaciones excepcionales y traumáticas”; Según el Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, indica en su escrito de conclusiones presentado el día 15 de noviembre de 2005, en el asunto C-499/04, apartado II, “El marco jurídico”, las ‘transmisiones de empresas afectan a multitud de ámbitos’ en los que “influyen factores e intereses variados” que imponen diferencias en la protección de las distintas esferas confrontadas, pero no por ello impiden el efecto sucesorio laboral, y con él, la continuidad económica.

¹²³² Según la cual: “1. Lo previsto en esta Ley se entiende sin perjuicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en la legislación laboral; 2. En el supuesto de que las modificaciones

estructurales reguladas en esta Ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”.

¹²³³ DIÁZ RUÍZ, E., op. cit. (*La fusión de sociedades; en particular, las fusiones transfronterizas*), sobre la participación de los trabajadores, pp. 377-379.

¹²³⁴ Según el art. 1 de la Directiva 98/59/CE, del consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros: “a) se entenderá por “despidos colectivos” los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros: i) para un período de 30 días: - al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores, - al menos el 10% del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores, - al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo; ii) o bien, para un período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados”; Puede citarse a título ejemplificativo la sentencia de 18 de julio de 2014, del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, por sus referencias transfronterizas, que en sus Antecedentes de Hecho señala lo siguientes:”CUARTO.- En la anterior sentencia (SAN de 20 de mayo de 2013) se declararon probados los siguientes hechos: “ PRIMERO.- NCG Banco S.A. tiene su origen en Novacaixagalicia, la entidad resultante de la fusión entre Caixa Galicia y Caixanova que se materializó el 1 de diciembre de 2010. NCG Banco S.A. forma parte del Grupo NCG Banco, del que supone el 89% de sus ingresos, el 94% de sus activos y el 91% de su plantilla. SEGUNDO.- NCG Banco S.A. está organizada en cuatro unidades de negocio: - Novagalicia, que agrupa la red de oficinas de Galicia, Asturias y León, orientada a empresas y familias. - EVO, que desarrolla la actividad de banca en 69 ciudades de las restantes Comunidades Autónomas. - UGAS, Unidad de Gestión de Activos Singulares, que gestiona los clientes no estratégicos y los segmentos en repliegue. - Unidad Mayorista, banca corporativa que se dedica a la gestión de tesorería y a la operativa en mercados mayoristas para la captación de recursos. La estructura de sucursales alcanza un total de 803 oficinas en España, con una plantilla de 4.862 trabajadores a 31-12-2012. TERCERO.- Con fecha 14 de diciembre de 2010, la Dirección General de Trabajo acordó autorizar a la Caja de Ahorros de Galicia y a la Caixa de Ahorros de Vigo, Ourense y Pontevedra, Caixanova, y a la resultante del proceso de fusión de ambas, la extinción de 1.230 contratos de trabajo, por causas organizativas y de producción, de conformidad con el acta final del período de consultas con acuerdo suscrito por la empresa y los sindicatos CC.OO y CSICA. El plan de integración llevó consigo a la recapitalización de la Entidad a través de la suscripción por el Fondo de Reestructuración Bancaria (FROB) de una emisión de participaciones preferentes de 1.162 millones de euros. CUARTO.- Con fecha 14 de septiembre de 2011 se traspasó la actividad financiera a NCG Banco SA, recibiendo una inyección de capital de 2.465 millones de euros del FROB. QUINTO.- El 15 de marzo de 2012 NCG Banco, SA inició periodo de consultas para un nuevo despido colectivo, que finalizó con acuerdo de 22 de marzo de 2012 entre la empresa y los sindicatos CC.OO., UGT y CSICA. Contemplaba bajas incentivadas hasta alcanzar el excedente estructural de plantilla de 700 personas y otras medidas de flexibilidad interna previstas para los años 2013 y 2014 que no han sido aplicadas en su totalidad. En el punto V de este acuerdo se pactó que el Banco se comprometía a no aplicar unilateralmente medidas de los arts. 51 y 52 ET que no hubieran sido previamente acordadas con la representación legal de los trabajadores. SEXTO.- En marzo de 2012 el Gobierno de España solicitó a la Unión Europea el rescate bancario para la recapitalización del sistema financiero (...); De entre los Fundamentos Derecho es destacable, a los fines que interesan, lo siguiente que indica el QUINTO de aquellos Fundamentos: “No es de recibo entender que las ayudas económicas en cuestión no tienen por qué ser seguidas de las extinciones contractuales propuestas “porque de lo contrario lo que se haría...es justificar la extinción de los contratos de trabajo no por la concurrencia de una situación presente (o de futuro previsible) de pérdidas sino porque la empresa hubiese tenido que recurrir a un apoyo financiador de sus diferenciales y una vez obtenido el mismo y sobre la base de tal situación de pasado, afirmar que por ello se extinguen contratos de trabajo..”, porque lo que resulta es que la concesión del apoyo económico se anticipaba pero concibiéndolo de antemano como consecuencia de las medidas de reestructuración o refluotamiento empresarial necesarias y sin las cuales tal apoyo iba a resultar baldío al persistir las causas, como podría ser la sobredimensión de la plantilla (...).Por lo tanto, no es que “una vez obtenida la pública financiación...desapareció toda justificación que pudiese amparar un expediente de regulación de empleo con tal fundamentación económica” sino que puesto en práctica ese expediente y conseguido finalmente el acuerdo entre las partes (mayoritarias) del mismo, se venía a justificar esa financiación y a garantizar que la/s causa/s de la misma no se iba a mantener con el efecto pernicioso de inutilidad de la propia ayuda”; Entre la jurisprudencia menor son de citarse las SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social de 30 de julio de 2013.

¹²³⁵ Según el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 (ET) de 24 de marzo, “A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”; Al tenor del artículo 52.c), ET “El contrato podrá extinguirse: (...) c) Cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo”. La distinción entre uno y otro tipo de despido se aclara por la STS, Sala de lo Social, de 9 de julio de 2014, reiterada por posterior sentencia la de 18 de noviembre del mismo año, en los siguientes términos: “La cuestión ha sido resuelta por la sentencia de esta Sala de 23 de abril de 2012, recurso 2724/2011, seguida por la de 23 de enero de 2013, recurso 1362/2012 y la de 9 de abril de 2014, recurso 2022/2013, razonando la primera de ellas lo siguiente: “Una interpretación lógico sistemática del artículo 51-1 del Estatuto de los Trabajadores nos muestra que el mismo, a efectos de definir el despido colectivo y diferenciarlo del individual, establece en su primer párrafo una norma general, mientras que en el último sienta una norma antifraude, encaminada a evitar la burla de la regla general. La norma general se conecta con el número de extinciones contractuales producidas “en un periodo de noventa días”, término cuyo cómputo constituye la causa de este recurso. La regla antifraude se contiene en el último párrafo del precepto interpretado donde se dispone: “Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52, c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto”. Ante la literalidad del precepto una primera aproximación nos muestra que el día del despido va a ser el día final del plazo (el “dies ad quem”) para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial (“dies a quo”) para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes. Esta interpretación de un precepto que mejora los límites establecidos al respecto por el artículo 1 de la Directiva 98/59, de 20 de julio, del Consejo de las Comunidades Europeas, tiene su base en la literalidad de la norma: Si el despido es colectivo cuando sobrepasa determinados límites, es claro que el “dies ad quem” para el cómputo de los noventa días debe ser aquél en el que se acuerda la extinción contractual, por ser el día en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo, figura que no existe, que no se da hasta que el número de extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma. Apoya esta solución el hecho de que el futuro no se conoce y de que es muy difícil que el legislador de pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer. Por ello, se fija el “dies ad quem” coincidiendo con la fecha en que se acuerda la extinción, en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres. Abona esta respuesta el último párrafo del art. 51-1 del ET que, al decir “Cuando en periodos sucesivos de noventa días... la empresa realice extinciones..”, nos indica que el cómputo debe hacerse por periodos “sucesivos” de noventa días, lo que supone que no cabe un cómputo variable (cambiable o movable) del periodo de noventa días, sino que debe fijarse un día concreto para determinar el día inicial y el final de cada periodo con la particularidad de que el día final de un periodo constituye el “dies a quo” para el cómputo del siguiente. Si ello es así, la solución no puede ser otra que la apuntada: el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer periodo de noventa días y el inicial del siguiente”.

¹²³⁶ “En nuestro derecho, el Estatuto de los Trabajadores (ET) regula tres modalidades de terminación de la relación de trabajo por voluntad unilateral del empresario. El despido colectivo (art. 51 ET), el despido objetivo (arts. 52 y 53 ET) y el despido disciplinario (arts. 54 y siguientes). Las tres formas pueden agruparse en torno dos grandes modalidades: el despido por motivos personales, quien engloba el despido disciplinario y el despido objetivo por razones inherentes a la persona del trabajador, y el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que comprende el despido colectivo y el despido objetivo por razones atinentes la empresa (...). El despido es la terminación del contrato por voluntad unilateral del empresario”, indica SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “*Puntos críticos en la regulación del despido*” AARAJL, núm. 36, 2006, pp. 288-289; Precisa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Navarra, Sala de lo Social, de 25 de julio de 2014, que “el despido objetivo no deja de ser un supuesto de resolución unilateral de un vínculo contractual sinalagmático, que como tal sólo se autoriza por la legislación si concurren causas que lo justifiquen y que deben ser de la suficiente entidad para admitir el sacrificio y pérdida de derechos que produce a la parte contractual, especialmente si afecta al derecho fundamental al trabajo y la indemnización se acompaña de una indemnización tasada de los perjuicios que se causan al trabajador”. Lo mismo puede

decirse del despido colectivo; “Es normal que la fusión implique recortes de plantillas”, indica GÓMEZ SEGADE, J. A., p. cit. (*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*), p. 5030.

¹²³⁷ Así afirma la STS, Sala de lo Social, de 16 de julio de 2014, “mediando la causa (...), el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas (ERE) o meramente suspensivas (ERTE); y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de “oportunidad” que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa”; La jubilación de los sistemas de Seguridad Social, constituye un “derecho social”, que alcanza el rango de derecho fundamental”, por contra la “prejubilación” o “jubilación anticipada” no es más que un despido, una resolución unilateral de un contrato, un inusitado privilegio que el ordenamiento mantiene a favor del empresario, al que le permite resolver un pacto sin causa que justifique tal proceder, al que se le añade una especie de sobreindemnización, no sobre los daños reales ocasionados al trabajador por la ruptura unilateral e injusta, sino sobre los tasados legalmente, que hace a la postre menos injusta y más tolerable esa compensación “in pecunia” de un incumplimiento radical de la contraparte, el empresario. Sobre las “prejubilaciones” instadas a causa de un despido colectivo, es ilustrativa la doctrina sentada en las sentencias de 30 de octubre de 2001 y 20 de marzo de 2002 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, según la cual, tomando como referencia la última de las resoluciones citadas y centrada la cuestión “en determinar si las extinciones de los contratos de trabajo de los trabajadores de (...) acogidos a programas de prejubilación dentro de los planes de adecuación de plantillas, deben considerarse voluntarias o no”, se afirma lo siguiente: “No puede desconocerse que las bajas masivas producidas tras expedientes de regulación de empleo, en los que incentivándose de una u otra forma se consigna la extinción de los contratos laborales antes de lo que en el curso normal de la relación laboral hubiera sucedido, se hallan inmersa en un proceso que podríamos denominar de “presión”, en el que los trabajadores prevén, cuanto menos, un futuro incierto en la marcha de la empresa, o en concreto de sus puestos de trabajo”. No obstante efectuada aquella afirmación, la misma resolución jurisdiccional cuestiona que en toda “prejubilación” falte la libre prestación del consentimiento por parte del trabajador, indicando para ello lo siguiente: a) “En primer lugar por cuanto que la prejubilación, jubilación anticipada o bajas incentivadas no siempre se presentan como un perjuicio para el trabajador o al menos no para todos. Es un hecho constatado que a un buen número de ellos les suponen tales medidas cuando menos una forma de asegurar un descanso adelantado, y en ocasiones además el fin con compensaciones de un trabajo con problemas, o no deseado o sometido a grandes exigencias (físicas, de stress, de horarios, jornadas...), personas para los que el adelanto de su fin no es sino una posibilidad deseada o bien acogida. En definitiva, conocer el perjuicio o grado de perjuicio que a cada trabajador pueda causar esta medida si es que se lo causa, es de todo punto imposible, no pudiendo presumirse en todo caso”; b) “En segundo lugar, no puede tampoco olvidarse que tales extinciones laborales vienen acompañadas de medidas económicas y de otra naturaleza que pueden resultar de gran interés para el trabajador(o para algunos de ellos)”; c) “El hecho de que se prevea que según el resultado del Plan de prejubilaciones, se pueda incorporar “el elemento forzoso”, no deja de contemplarse como una mera posibilidad que no es suficiente, porque en ningún momento se indica que efectivamente se lleve a cabo, para eliminar el elemento de voluntariedad al acogerse al plan”; Esto es, “la práctica demuestra (...) que la incorporación al plan se efectúa de forma voluntaria aun cuando se enmarque en una extinción derivada (...) de una crisis de empresa. La oferta del plan de prejubilación se realiza, fundamentalmente, para conseguir una extinción consensuada de la relación laboral pues, de lo contrario, la empresa no necesitaría participar en el coste que supone este tipo de medidas e impondría la extinción contractual, de acuerdo con las causas legalmente establecidas en cada ordenamiento para ello”, precisa LÓPEZ CUMBRE, L. “*La Prejubilación*”, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1998, p. 97, que añade, “máxime si se tiene en cuenta que el despido incluso en un sistema causal, como el nuestro, aun cuando se considere efectuado sin justa causa o improcedente, da la opción al empresario, en todo caso, de romper definitivamente la relación. La existencia del “plan de prejubilación” abunda en la nota de voluntariedad, pues en él se “determina el régimen aplicable a cada trabajador en su jubilación programada y recoge el contenido específico de la prestación de prejubilación destinada a cubrir esta nueva etapa del trabajador hasta su jubilación” LÓPEZ CUMBRE, L., op. cit. (*La Prejubilación*), p. 97.

¹²³⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo social, de 25 de febrero de 2013.

¹²³⁹ Es oportuno, al respecto, traer a colación la sentencia de la Audiencia Nacional (SAN), Sala de lo Social, de 25 de junio de 2014, que recoge un supuesto de fusión de facto (de facto merger), cuyos efectos laborales se corresponden con los que se pueden producir en una fusión en sentido estricto, con la circunstancia de la alusión a concretos efectos transfronterizos. La aludida resolución jurisdiccional indica, en su Antecedente de Hecho quinto, entre otros extremos, lo siguiente: “El proceso de integración comienza con un protocolo de

Marzo de 2012 y finaliza con un contrato de Coca-Cola Atlanta que permite establecer una embotelladora única licencia otorgándole una licencia hasta 2023 prorrogable diez años más. Dicho contrato permite mantener 4000 empleos directos y 10.000 empleos indirectos además asegura la hegemonía del capital nacional. La medida trae causa en la reacción de las embotelladoras españolas ante medidas llevadas a cabo en Europa. El 15.2.13 se produce una resolución de la Comisión de la Competencia que considera que los procesos de fusión de facto son válidos en la medida en que haya causas económicas para que se produzca esa fusión. (...). En Octubre 2012 se constituye CCIP quien realiza el contrato con Atlanta. En los propios informes periciales de CCOO se reconoce que hay un descenso de ventas previsible hasta 2017 (...). A partir del contrato con Atlanta se crean los mismos equipos de trabajo para implementar el proceso de integración se establece una caja centralizada mediante cash pooling: un procedimiento de reporte global para medir competitividad del grupo y no de las empresas, se acuerda nombrar a auditores comunes para el grupo, para aplicar los mismos criterios contables se elaboran cuentas comunes con previsión a 1.1.14 de consolidación de cuentas del grupo (...). Inicialmente se plantearon 1.200 despidos, si bien se admitió el deseo de reducir el número, incluso no despedir a nadie si se utilizaba el sistema de recolocación en las embotelladoras (...). Después del periodo de consultas se ofertó a los trabajadores lo mismo que lo que se había en el periodo de consultas. De los trabajadores afectados, 262 no aceptaron la medida, 720 aceptaron prejubilaciones, traslados geográficos y movilidades funcionales sin traslados, cuyo desglose es el siguiente: 323 prejubilaciones, 327 traslados geográficos y el resto hasta 720 movilidades funcionales sin traslado (...). En el hecho probado décimo segundo, aquella resolución jurisdiccional establece como que “El 2 de enero de 2013 las empresas notificaron, en cumplimiento del artículo 9 de la Ley 15/2007, la operación prevista a la Comisión Nacional de la Competencia. El 15 de febrero de 2013 se dictó resolución (descriptor 408) autorizando la operación con la salvedad de que los acuerdos de prestación de servicios y distribución celebrados por los embotelladores o sus sociedades participadas con partes vinculadas que han quedado fuera del perímetro de la operación y cuya duración exceda de cinco años, se refieran a cantidades ilimitadas o tengan por objeto la prestación de servicios o acuerdos de distribución en régimen de exclusividad quedan sujetos a la normativa sobre acuerdos entre empresas”, y resume el Apartado VII “Valoración de la Operación” del Informe y Propuesta de Resolución C-0490/13 Embotelladores COCA COLA, de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia. De aquel Informe, a los efectos que aquí interesan, puede resaltarse lo siguiente: “(7) La operación que se notifica consiste en la integración por parte de los embotelladores COBEGA, S.A., CASTELLANA DE BEBIDAS GASEOSAS, S.A., BEBIDAS GASEOSAS DEL NOROESTE, S.A., COMPAÑÍA NORTEÑA DE BEBIDAS GASEOSAS NORBEGA, S.A.U., COMPAÑÍA LEVANTINA DE BEBIDAS GASEOSAS, S.A., COMPAÑÍA ASTURIANA DE BEBIDAS GASEOSAS, S.A., REFRESCOS ENVASADOS DEL SUR, S.A., (los EMBOTELLADORES), en una sociedad de nueva creación, IBÉRICA DE BEBIDAS NO ALCOHÓLICAS, S.A. (EMBOTELLADOR IBÉRICO), de la totalidad de sus activos relacionados con el negocio de embotellamiento de productos de THE COCA COLA COMPANY (TCCC) en España, Andorra y Portugal, quedando excluidos de la operación los demás negocios que los accionistas de los EMBOTELLADORES puedan tener en otros sectores o en el sector del embotellamiento en otros países.

a) Constitución del EMBOTELLADOR IBÉRICO. (8) Los EMBOTELLADORES han procedido a la constitución e inscripción registral del EMBOTELLADOR IBÉRICO³, a los solos efectos de servir de vehículo jurídico societario en el que se producirá, una vez obtenida la aprobación de las Autoridades de Competencia⁴ la integración. (9) Para que únicamente se aporten al EMBOTELLADOR IBÉRICO los activos relacionados con el negocio de embotellamiento de productos de TCCC en España, Andorra y Portugal, las notificantes indican que determinados EMBOTELLADORES llevarán a cabo con anterioridad a la ejecución de la operación las reestructuraciones societarias necesarias para que sólo dichos activos permanezcan en sociedades cuyas acciones serán las que se aporten al EMBOTELLADOR IBÉRICO⁵. (...). (10) Esto es, los EMBOTELLADORES cuentan con participaciones en determinadas sociedades que no serán aportadas al EMBOTELLADOR IBÉRICO. Estas sociedades relacionadas en el Anexo 6.6.2. de la notificación operan fundamentalmente en mercados relacionados con el sector vitivinícola, el agrario y la distribución. Los actuales accionistas de los EMBOTELLADORES mantendrán sus participaciones en estas sociedades y los gestionarán de manera independiente del EMBOTELLADOR IBÉRICO. (...). (16) La operación es una concentración económica conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1.a) LDC pues, si bien jurídicamente la operación no supone necesariamente que los EMBOTELLADORES dejen de existir como entidades jurídicas diferenciadas”.

¹²⁴⁰ Según su artículo 31.11³: “El proyecto común de fusión contendrá, al menos, las menciones siguientes:

11^a Las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa”. Al tenor de su artículo 42.2: “Los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo, no podrán ser restringidos por el

hecho de que la fusión sea aprobada en junta universal”; Precisa la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 24 de septiembre de 2013, que “la referencia legislativa al problema del empleo y en relación con la fusión, no puede quedar en un mero pronunciamiento programático o de estilo (...). Caso contrario no entenderíamos el por qué es necesario mencionarlo legislativamente y, sobre todo, especificar sus consecuencias. Lo anterior cobra más importancia, si cabe, por la realidad social que nos toca vivir y de todos conocido, criterio interpretativo al que se refiere el artículo 3.1 del Código Civil”.

¹²⁴¹ Como precisa INGHAM, G., op. cit. (*Capitalismo*), p. 264, “la “financiarización” global implica la entrada del llamado capital “errante” en las economías nacionales con la intención de transformar la empresa en un activo financiero cuyo valor aumenta con el incremento de la rentabilidad a corto plazo por medio de la reducción de los costes laborales, amenazando así el tipo de gobernanza que tiene en cuenta a los “participantes””.

¹²⁴² SSTSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 20 y 26 de noviembre de 2013.

¹²⁴³ En este sentido alude la STSJ de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social, de 16 de junio de 2014, a “la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa (“situación económica negativa”) o en la eficiencia de la misma. El legislador ha querido distinguir cuatro esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir la causa o factor desencadenante de los problemas de rentabilidad o eficacia que están en el origen del despido por motivos económicos: 1) la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción “causas técnicas”; 2) la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal “causas organizativas”; 3) la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado “causas productivas”) y 4) la esfera o ámbito de los resultados de explotación “causas económicas”, en sentido restringido”.

¹²⁴⁴ Punto donde se ha de tener en cuenta la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contenida en sus SSTJUE de 30 de abril de 2015, asunto C-80/14, Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDW), B. Wilson y WW Realisation 1 Ltd, en liquidación, Ethel Austin Ltd, Secretary of State for Business, Innovation and Skills, y de 13 de mayo de 2015, asunto C-392/13, Andrés Rabal Cañas y Nexea Gestión Documental, S.A., Fondo de Garantía Salarial, y asunto C-182/13, Valerie Lyttle, Sarah Louise Halliday, Clara Lyttle, Tanya McGerty y Bluebird UK Bidco 2 Limited. En términos de la legalidad española, como indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña, Sala de lo Social, de 20 de noviembre de 2013: “Aduce la entidad demandada recurrente que las referidas causas se encontrarían respaldadas por el mero hecho de la fusión empresarial. Al respecto, a los meros efectos dialécticos cabe recordar, que en materia de despido objetivo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene exigiendo, en síntesis, tres requisitos para su justificación, cuales son: el supuesto fáctico que determina el despido, la finalidad asignada a la medida extintiva adoptada, y la “conexión de funcionalidad o instrumentalidad” entre la medida extintiva y su finalidad (sentencias de esta Sala de 13 de mayo y 9 de diciembre de 2.009 , 25 de marzo de 2.010 , 31 de enero y 14 de febrero de 2.012). Ahora bien, frente a la redacción anterior del precepto relativo a las causas que nos ocupan, en que se venía exigiendo que la empresa acreditase “la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”, la redacción vigente en la fecha del despido (...), tras la reforma operada por Real Decreto 3/2012, se eliminó tal alusión. Esto es, bajo la vigencia de la normativa aplicable al supuesto objeto de recurso, reformada por Real Decreto 3/2012, el legislador ha suprimido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores la proyección de futuro, desvinculando la causalidad del mantenimiento de la empresa y del empleo, por lo que “no se trata de lograr objetivos futuros, sino de adecuar la plantilla a la situación de la empresa”, pudiendo concluirse que “la justificación del despido ahora es actual” (sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de septiembre de 2.012 , citando a A. Desdentado Bonete). En suma, tal como recuerda esta sentencia, “el cómo afecten las extinciones al devenir de la organización productiva a partir de las mismas es una cuestión de estrategia empresarial que exigiría un juicio de oportunidad relativo a la gestión de la empresa que el legislador expresamente desea erradicar de supervisión judicial” (Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2012). No obstante lo anteriormente expuesto, parte de la doctrina de distintas Salas ha venido considerando que el actual redactado de la normativa aplicable no obsta a que, junto a la acreditación de la causa del despido, resulte necesario la acreditación de algo más, en concreto, que la situación actúe sobre la plantilla de la empresa creando la necesidad de reducir los números de puestos de trabajo propuestos o provocando un cese total de la actividad, y que las medidas extintivas respondan a esa necesidad (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de abril de 2.013). A ello ha de añadirse que la normativa española vigente ha de interpretarse en concordancia con la internacional, vinculante ex artículo 96 de la Constitución , siendo especialmente relevante a los efectos que nos ocupan el Convenio número 158 de la OIT, sobre la

terminación de la relación de trabajo, ratificado por España, y complementado por la Recomendación de la Conferencia Internacional del Trabajo 166, disponiendo el artículo 4 de aquella norma que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”; STJUE de 30 de abril de 2015, asunto C-80/14, Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDAW), B. Wilson y WW Realisation 1 Ltd, en liquidación, Ethel Austin Ltd, Secretary of State for Business, Innovation and Skills, que reitera el “paradigma” contenido en las SSTJUE de 7 de siembre de 1995, asunto C-449/93, Rockfon A/S y Specialarbejderforbundet i Danmark, en calidad de mandataria de Søren Nielsen y otros, y de 15 de febrero de 2007, asunto C-270/05, Athinaiki Chartopoiia AE y L. Panagiotidis y otros, en el que participa: Geniki Synomospondia Ergato, Elládas (GSEE), y calificada de “paradigma” por el Abogado General Sr. Nils Wahl, en sus conclusiones 36-39 (Parte II.B.1), presentadas el 5 de febrero de 2015 para los asuntos C-182/13, Valerie Lyttle, Sarah Louise Halliday, Clara Lyttle, Tanya McGerty, contra, Bluebird UK Bidco 2 Ltd, C-392/13, Andrés Rabal Cañas contra Nexea Gestión Documental, S.A. , y C-80/14 Union of Shop, Distributive and Allied Workers (USDAW) B. Wilson contra WW Realisation 1 Ltd, en liquidación, Ethel Austin Ltd Secretary of State for Business, Innovation and Skills

¹²⁴⁵ Recuerda las SSTSJ de Canarias, sede Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social, de 27 de junio de 2014.

¹²⁴⁶ Como indica la Umwandlungsgesetz (UmwG) § 20 Wirkungen der Eintragung: “(1) Die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers hat folgende Wirkungen: (...) 3 Die Anteilshaber der übertragenden Rechtsträger werden Anteilshaber des übernehmenden Rechtsträgers; dies gilt nicht, soweit der übernehmende Rechtsträger oder ein Dritter, der im eigenen Namen, jedoch für Rechnung dieses Rechtsträgers handelt, Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers ist oder der übertragende Rechtsträger eigene Anteile innehat oder ein Dritter, der im eigenen Namen, jedoch für Rechnung dieses Rechtsträgers handelt, dessen Anteilshaber ist. Rechte Dritter an den Anteilen oder Mitgliedschaften der übertragenden Rechtsträger bestehen an den an ihre Stelle tretenden Anteilen oder Mitgliedschaften des übernehmenden Rechtsträgers weiter”; El artículo L236-3. I, del Code de commerce, establece: “I. - La fusion (...) entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion”; Código das Sociedades Comerciais, artículo Artigo 112, “Efeitos do registo”, : “Com a inscrição da fusão no registo comercial (...) “b) Os sócios das sociedades extintas tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade”; “Los socios de las sociedades extinguidas participarán en la sociedad nueva o en la absorbente, recibiendo un número de acciones proporcional a sus respectivas participaciones en aquellas sociedades”, indicaba el artículo 142, segundo apartado de la Ley de 17 de Julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas.

¹²⁴⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), pp. 73 ss.

¹²⁴⁸ POSNER, R. A., op. cit. (*Análisis económico del Derecho*), p. 626.

¹²⁴⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 58.

¹²⁵⁰ Afirma SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 63.

¹²⁵¹ Indica SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), pp. 101-103, lo siguiente: “En la orientación general de la regulación de la sociedad cotizada en el seno del Derecho de sociedades caben dos posiciones claras, tratando quizá hacer una síntesis extrema de las mismas. La primera de ellas radica en seguir la orientación tradicional de nuestro ordenamiento societario de establecer un conjunto de normas, esencialmente imperativas, en defensa de los intereses de los socios y de los acreedores sociales. Orientación que ha venido siendo dominante, a pesar de las diferencias, en el régimen de las sociedades anónimas de los países de nuestro entorno dominado en buena medida por el Derecho comunitario, en el que la influencia germánico de sociedades ha sido relevante, ante la exigencia del Tratado constitutivo de la CE de coordinar las garantías que los distintos ordenamientos de sociedades de los Estados miembros deben ofrecer para proteger los intereses de los socios y terceros. La segunda consiste en adoptar la corriente de pensamiento americano dominado, por el contrario, por la idea de que el Derecho de sociedades debe ser eminentemente dispositivo, de forma que cada sociedad pueda adatar su estructura de organización a sus propias necesidades, debiendo huírse de normas que establezcan una forma uniforme para todas las sociedades cotizadas, todo lo cual deriva de la doctrina “contractualista”, creada por los economistas de la

empresa, que consideran que la sociedad (y en general toda empresa) como fruto de un “nexo de contratos” (con los trabajadores, proveedores, financiadores, etc.) La sociedad cotizada, como modalidad de empresa, se caracteriza -dice esta doctrina- porque emite unos valores que sirven para su financiación, los cuales dan derecho a sus titulares a participar en los rendimientos de la empresa, con la particularidad de que si los demás interesados por medio de los contratos respectivos ven satisfecho su interés de una forma predeterminada en esos contratos, los titulares de los valores (los socios) asumen el riesgo de la empresa y tienen derecho al resultado que produzca ese nexo de contratos, lo que significa que asumen el riesgo de tener una posición residual, en el sentido de que tienen derecho a percibir solo lo que resta, que puede ser nada o por el contrario un resultado positivo en forma de dividendos o un mayor valor de las acciones. La teoría contractualista” del “nexo de contratos” deja en la sombra al contrato de sociedad, que habrá que perfilar, pero que no puede confundirse con los contratos que la sociedad concluya con terceros”.

¹²⁵² SEQUEIRA MARTÍN, A, op. cit. (*Fusión de sociedades*), p. 646.

¹²⁵³ Precisa PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 146-147, indicando que la continuidad en la condición de socio “una y otra concepción de la fusión tiene repercusiones inmediatas sobre la posición del socio, pues mientras que una le asegura la continuidad sobre la posición del socio, la otra legítima, en cambio que éste pueda ser excluido de participar como socio en la sociedad resultante. De la primera deriva una restricción a la reestructuración y al poder de la mayoría para decidir la operación, mientras que la segunda ofrece mayor libertad a ésta e intensifica, en consecuencia, el riesgo de que la decisión se tome en menoscabo de los intereses de la minoría. Ello viene a significar que la premisa de la continuidad/discontinuidad en la condición de socio, aunque traduce, de manera inmediata, un diverso reflejo positivo del sentido de la institución, determina diferentes consecuencias para el socio y se encuentra, por tanto, íntimamente conectada con el régimen de la tutela de éste ante la fusión”.

¹²⁵⁴ PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 149-150, tras haber afirmado, con referencia nuestro derecho positivo, que la “integración de los socios de las sociedades extinguidas en la sociedad resultante aparece así, como una consecuencia necesaria de la operación cuando no exista una relación de dependencia absoluta entre las sociedades participantes” y continúa formando, en p. 250, que “es una de las manifestaciones -la más importante para los socios- de la continuidad de las relaciones jurídicas ínsita en la fusión (...) la entrega de acciones de la sociedad resultante es consecuencia de la adquisición, por parte de los socios de las sociedades extinguidas, de la condición de socio en esta sociedad en virtud de la fusión y no al contrario; es decir, que la condición de socio se adquiere ex lege y no deriva de la recepción de acciones”

¹²⁵⁵ PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), p. 146.

¹²⁵⁶ URÍA, R., MENÉNDEZ, A., e IGLESIAS PRADA, J. L., op. cit. (*Capítulo 51. Fusión y escisión de sociedades*), p. 1393.

¹²⁵⁷ “El intercambio mercantil es arriesgado si no se pueden establecer claramente y garantizar los derechos de propiedad”, indica INGHAM, G., op. cit. (*Capitalismo*), p. 144.

¹²⁵⁸ PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), p. 146.

¹²⁵⁹ IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., op. cit. (*Lección 25. Las Modificaciones estructurales de las Sociedades*), p. 578; RUBIO, J., op. cit. (*Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*), p. 411.

¹²⁶⁰ Indica GÓMEZ SEGADÉ, J. A., op. cit. (*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*), p. 5037, en relación con la regulación jurídico positiva anterior, que “la fusión implica continuidad jurídica en la condición de socio”.

¹²⁶¹ Con un alcance matizadamente diferente precisa PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), p. 149, indica que “la entrega de acciones a los socios de las sociedades extinguidas debe entenderse como una eventual consecuencia de la operación que, precisamente, justifica la articulación de un procedimiento ordinario de fusión cuando haya lugar a la integración de los socios en la sociedad resultante (...), y uno abreviado basado en la ausencia de la entrega de acciones a los socios de las sociedades extinguidas”.

¹²⁶² GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 359; SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 384, esa circunstancia le lleva, en op. cit. (*Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas*), p. 36, a afirmar lo siguiente. “bien que no sea afortunado el incluir como elemento constitutivo del mismo (refiriéndose al concepto de fusión) a la continuidad de los socios de las sociedades que se extinguen en la sociedad resultante, ya que no necesariamente siempre es así”; también en op. cit. (*El concepto de fusión y sus*

elementos componentes), p. 416, precisa que “aunque dicha atribución se considera un componente del concepto legal de fusión, hay que entenderla más como un elemento que, normalmente, está presente en la fusión que como un elemento esencial de su concepto, en tanto en determinados supuestos puede que no se dé (...) siendo posible, incluso, el que falte, absoluta o parcialmente, el paso de los socios de las sociedades extinguidas a la sociedad resultante”; PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 147-149, tras indicar que “en determinados supuestos no hay lugar a una conversión de socios de las sociedades extinguidas en socios de la entidad resultante y no por ello deja de manifestarse la continuidad de las relaciones societarias que caracterizan tipológicamente a la fusión (con cita del artículo 250 de la derogada LSA), precisa que “con ello se superan los límites de esa interpretación tradicional que, consecuentemente con las premisas de las que partía, conducía a negar el carácter de fusión a la operación que no implicaba entrega de acciones de la sociedad resultante a los socios de las sociedades extinguidas, porque la sociedad absorbente participaba en la absorbida en un 100 por 100 y llevaba a considerar, en cambio, que había fusión cuando esa participación era del 99 por 100 y existía, por tanto, agrupación de socios (...) la matización en este sentido de la regla de la continuidad del socio supone, además de la superación de viejos problemas, un reflejo legal más correcto de la verdadera naturaleza de la fusión, definida por la prolongación misma de los vínculos societarios en una estructura diferente, con independencia de que, ante determinados supuestos, algunos de los efectos usuales de la operación (unificación de patrimonios y agrupación de socios) no tengan cabida (...). La ausencia de entrega de acciones a los socios de las sociedades extinguidas no debe, pues, comprenderse como una frontera que sirve para diferenciar al fusión de otras figuras afines sino como un criterio de distinción entre dos regímenes procedimentales de la fusión”.

¹²⁶³ Indican GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p.120

¹²⁶⁴ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 362.

¹²⁶⁵ GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 362, indica lo siguiente, “pero pueden subsistir los otros dos elementos del concepto sin darse éste y permanecer también la ratio y, por tanto, el régimen de la institución, en lo fundamental. Así se ha puesto de manifiesto al discutirse, (...), esta nota llamada de “compensación de grupos sociales” y se citan como ejemplos el caso de la fusión de una sociedad en la que el único socio fuera la absorbente, o el supuesto en que el activo y pasivo de la fusionada fueran iguales, por lo que no habría razón económica para ninguna participación en la fusionante a título de coparticipación y, en efecto así se conviniera”.

¹²⁶⁶ NIC 1.7.

¹²⁶⁷ “Las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades que se fusionan, que estuvieran en poder de cualquiera de ellas o en poder de otras personas que actuasen en su propio nombre, pero por cuenta de esas sociedades, no podrán canjearse por acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante de la fusión y, en su caso, deberán ser amortizadas o extinguidas”.

¹²⁶⁸ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), pp. 382-383; Según Umwandlungsgesetz (UmwG), parágrafo 66: Eintragung bei Erhöhung des Grundkapitals Erhöht die übernehmende Gesellschaft zur Durchführung der Verschmelzung ihr Grundkapital, so darf die Verschmelzung erst eingetragen werden, nachdem die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals im Register eingetragen worden ist”, párrafo 68: “Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung. (1) Die übernehmende Gesellschaft darf zur Durchführung der Verschmelzung ihr Grundkapital nicht erhöhen, soweit 1. sie Anteile eines übertragenden Rechtsträgers innehat; 2. ein übertragender Rechtsträger eigene Anteile innehat oder 3. ein übertragender Rechtsträger Aktien dieser Gesellschaft besitzt, auf die der Ausgabebetrag nicht voll geleistet ist. Die übernehmende Gesellschaft braucht ihr Grundkapital nicht zu erhöhen, soweit 1. sie eigene Aktien besitzt oder 2. ein übertragender Rechtsträger Aktien dieser Gesellschaft besitzt, auf die der Ausgabebetrag bereits voll geleistet ist. Die übernehmende Gesellschaft darf von der Gewährung von Aktien absehen, wenn alle Anteilsinhaber eines übertragenden Rechtsträgers darauf verzichten; die Verzichtserklärungen sind notariell zu beurkunden. (2) Absatz 1 gilt entsprechend, wenn Inhaber der dort bezeichneten Anteile ein Dritter ist, der im eigenen Namen, jedoch in einem Fall des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1 oder des Absatzes 1 Satz 2 Nr. 1 für Rechnung der übernehmenden Gesellschaft oder in einem der anderen Fälle des Absatzes 1 für Rechnung des übertragenden Rechtsträgers handelt. (3) Im Verschmelzungsvertrag festgesetzte bare Zuzahlungen dürfen nicht den zehnten Teil des auf die gewährten Aktien der übernehmenden Gesellschaft entfallenden anteiligen Betrags ihres Grundkapitals übersteigen, y parágrafo 69: “Verschmelzung mit Kapitalerhöhung. (1) Erhöht die übernehmende Gesellschaft zur Durchführung der Verschmelzung ihr Grundkapital, so sind § 182 Abs. 4, § 184 Abs. 1 Satz 2, §§ 185, 186, 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 und 3 Nr. 1 des Aktiengesetzes nicht anzuwenden; eine Prüfung der Sacheinlage nach § 183 Abs. 3 des Aktiengesetzes findet nur statt, soweit übertragende Rechtsträger die Rechtsform einer

Personenhandels-gesellschaft, einer Partnerschaftsgesellschaft oder eines rechtsfähigen Vereins haben, wenn Vermögensgegenstände in der Schlußbilanz eines übertragenden Rechtsträgers höher bewertet worden sind als in dessen letzter Jahresbilanz, wenn die in einer Schlußbilanz angesetzten Werte nicht als Anschaffungskosten in den Jahresbilanzen der übernehmenden Gesellschaft angesetzt werden oder wenn das Gericht Zweifel hat, ob der Wert der Sacheinlage den geringsten Ausgabebetrag der dafür zu gewährenden Aktien erreicht. Dies gilt auch dann, wenn das Grundkapital durch Ausgabe neuer Aktien auf Grund der Ermächtigung nach § 202 des Aktiengesetzes erhöht wird. In diesem Fall ist außerdem § 203 Abs. 3 des Aktiengesetzes nicht anzuwenden. Zum Prüfer kann der Verschmelzungsprüfer bestellt werden. (2) Der Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Register sind außer den in § 188 Abs. 3 Nr. 2 und 3 des Aktiengesetzes bezeichneten Schriftstücken der Verschmelzungsvertrag und die Niederschriften der Verschmelzungsbeschlüsse in Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen”.

¹²⁶⁹ En nuestro sistema hasta la ley 3/2009, de 3 de abril.

¹²⁷⁰ CALVO VÉRGEZ, J., op. cit. (*Fusiones y escisiones de sociedades. Aspectos prácticos fiscales y contables*), p. 66.

¹²⁷¹ indican GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles), p. 148.

¹²⁷² GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 198.

¹²⁷³ Establece el artículo 30 de la Directiva 2011/35, que :”Cuando la legislación de un Estado miembro permita, para una de las operaciones mencionadas en el artículo 2, que la compensación en dinero supere el porcentaje del 10 %, serán aplicables los capítulos III y IV, así como los artículos 27, 28 y 29”.

¹²⁷⁴ Pero que no será en ningún caso la española, pues el límite del 10% se establece claramente en su artículo 25.2, según el cual “cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas”; En este sentido TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*), p. 830; Según el artículo L236-26 del Code de commerce: “Par dérogation à l'article L. 236-1 et lorsque la législation d'au moins un des Etats membres de la Communauté européenne concernés par la fusion le permet, le traité de fusion peut prévoir, pour les opérations mentionnées à l'article L. 236-25, le versement en espèces d'une soulte supérieure à 10 % de la valeur nominale ou, à défaut, du pair comptable, des titres, parts ou actions attribués. Le pair comptable est défini comme la quote-part du capital social représentée par une action ou une part sociale”..

¹²⁷⁵ Porque “el derecho real recae sobre la posición de socio, que se mantiene, y no sobre unas concretas acciones, que representan algo contingente como pura representación formal de la posición de socio”, indica GÓMEZ SEGADÉ, J. A., op. cit. (*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*), p. 5037.

¹²⁷⁶ En la redacción dada por la disposición final 5 del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo:

¹²⁷⁷ PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*) p. 531, lo concibe como un derecho específico de separación,

¹²⁷⁸ Artículo 24.1 de aquella Ley 3/2009.

¹²⁷⁹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 75.

¹²⁸⁰ Artículos 49 y 26 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, establece, apartado 1.3º,

¹²⁸¹ Que también se reconoce en el artículo 44.1 de la las fusiones de fondos de inversión, en los siguientes términos: “Las IIC permitirán el derecho de los partícipes o accionistas de solicitar, sin más gastos que los que las IIC retengan para cubrir los costes de desinversión, la recompra o el reembolso de sus participaciones o acciones, o siempre que sea posible, su traspaso en participaciones o acciones de otra IIC con una política de inversiones similar y gestionado por la misma sociedad de gestión o por otra a la cual la sociedad de gestión esté vinculada en el marco de una comunidad de gestión o de control o a través de una importante participación directa o indirecta. En las fusiones de IIC recogidas en la letra c) del apartado 1 del artículo 37 tendrán además la posibilidad de traspasar sus acciones o participaciones a cualquier otra IIC. Ese derecho será efectivo a partir del momento en que se informe a los partícipes o accionistas de las IIC involucradas de la fusión prevista, de conformidad con el artículo 42, y se extinguirá cinco días hábiles antes de la fecha fijada para el cálculo de la ecuación de canje a que se refiere el artículo 45”.

¹²⁸² “La especialidad más importante del régimen de fusiones transfronterizas es el derecho de separación establecido en el art. 62 LME”, indican ÁNGEL AGUNDEZ, M. y MARTÍNEZ SIMANCAS (Directores), Albarran (Coordinador), “*Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Fusiones y adquisiciones de empresas*”, La Ley, Madrid 2012, p. 74.

¹²⁸³ GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 197.

¹²⁸⁴ “El reconocimiento de este derecho es coherente con la concesión también del mismo en caso de traslado de domicilio al extranjero según dispone el art. 99 LME”, indican GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 300.

¹²⁸⁵ Precisa ANSÓN PEIRONCELY, R., “*Traslado internacional del domicilio social*”, en *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Tirant lo blanch, Valencia 2013, pp. 316-317, que el artículo 346.1 LSC reconoce el derecho de separación a los socios “que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo”, en tanto que el artículo 99 LME se lo reconoce a “los socios que hubieran votado en contra”, concluyendo que “no se entiende muy bien este diferente tratamiento del régimen de separación de los socios”; Afirma SÁNCHEZ MIGUEL, M. C., p. cit. (*Las fusiones transfronterizas y el derecho de la competencia*), p. 5104, que “el derecho de separación de los accionistas en la fusión es un tema polémico en nuestro país, ya que en la práctica se ha ejercido, aunque no exista norma expresa en el Derecho español que así lo reconozca”, en p. 5105, que “la aplicación a la fusión del derecho reconocido de separación en el caso de cambio de domicilio social al extranjero, no nos parece que tenga que considerarse de aplicación analógica, entiendo que tal posición es negar el reconocimiento de los derechos individuales de los socios contrarios a la fusión, y que no sólo van a disponer del derecho de impugnación, sino de todos los que afecten a la protección de sus derechos”, y en p.5106, que dese un análisis positivo de la norma el resultado sería reconocer el derecho de separación por el cambio de domicilio social, en este caso al extranjero, de hecho la postura mayoritaria española va en este sentido”.

¹²⁸⁶ Así en el artículo 2502, primer apartado, del Codice civile italiano (según la redacción dada a por el Decreto Legislativo n. 6, de 17 de enero de 2003), que dispone: “La fusione e' decisa da ciascuna delle societa' che vi partecipano mediante approvazione del relativo progetto. Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, tale approvazione avviene, nelle societa' di persone, con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili, salva la facolta' di recesso per il socio che non abbia consentito alla fusione e, nelle societa' di capitali, secondo le norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto”; Según el artículo 105 (Direito de exoneração dos sócios) del Código das Sociedades Comerciais: “1 - Se a lei ou o contrato de sociedade atribuir ao sócio que tenha votado contra o projecto de fusão o direito de se exonerar, pode o sócio exigir, no prazo de um mês a contar da data da deliberação, que a sociedade adquira ou faça adquirir a sua participação social. 2 - Salvo estipulação diversa do contrato de sociedade ou acordo das partes, a contrapartida da aquisição deve ser calculada nos termos do artigo 1021.º do Código Civil, com referência ao momento da deliberação de fusão, por um revisor oficial de contas designado por mútuo acordo ou, na falta deste, por um revisor oficial de contas independente designado pela respectiva Ordem, a solicitação de qualquer dos interessados. 3 - É lícito a qualquer das partes requerer segunda avaliação para o cálculo da contrapartida da aquisição referida no número anterior, nos termos do Código de Processo Civil. 4 - O disposto na parte final do número anterior é também aplicável quando a sociedade não tiver oferecido uma contrapartida ou a não tiver oferecido regularmente; o prazo começará a contar-se, nestas hipóteses, depois de decorridos 20 dias sobre a data em que o sócio exigir à sociedade a aquisição da sua participação social. 5 - O direito de o sócio alienar por outro modo a sua participação social não é afectado pelo estatuído nos números anteriores nem a essa alienação, quando efectuada no prazo aí fixado, obstam as limitações prescritas pelo contrato de sociedade”.

¹²⁸⁷ Así Arizona Revised Statutes, Title 10 - Corporations and Associations, Capítulo 11. art.1, 10-1301. Definitions, indica que ““Dissenter” means a shareholder who is entitled to dissent from corporate action under section 10-1302 and who exercises that right when and in the manner required by article 2 of this chapter”, y en el artículo 1, 10-1302. Right to dissent; applicability, establece lo siguiente: “A. A shareholder of a domestic corporation is entitled to dissent from and obtain payment of the fair value of the shareholder's shares in the event of any of the following corporate actions: 1. Consummation of a plan of merger to which the corporation is a party if either: (a) Shareholder approval is required for the merger by section 10-1103 or the articles of incorporation and if the shareholder is entitled to vote on the merger. (b) The corporation is a subsidiary that is merged with its parent under section 10-1104”; Estableciéndose en el artículo 1, 10-1303. Dissent by nominees and beneficial owners, en el artículo 2, 10-1328. Procedure if shareholder dissatisfied with payment or offer, y en el artículo 3, 10-1330. Court action; En un sentido más amplio Hawaii Business Corporation Act, Chapter 414, parágrafo §414-341, Definitions, indica: ““Dissenter” means a shareholder who is entitled to dissent from corporate action under section 414-342 and who exercises that right when and

in the manner required by sections 414-351 to 414-359”, y en el párrafo §414-342 Right to dissent: “(a) A shareholder is entitled to dissent from, and obtain payment of the fair value of the shareholder's shares in the event of, any of the following corporate actions: (1) Consummation of a plan of merger to which the corporation is a party: (A) If shareholder approval is required for the merger by section 414-313 or the articles of incorporation; provided that the shareholder is entitled to vote on the merger; or (B) If the corporation is a subsidiary that is merged with its parent under section 414-314”.

¹²⁸⁸ Artículo 28 (fusión por absorción una sociedad que sea titular del 90 % o más, pero no de la totalidad, de las acciones) de la Directiva 2011/35: “Los Estados miembros no impondrán los requisitos establecidos en los artículos 9, 10 y 11 en el caso de una fusión en el sentido el artículo 27 si se cumplen las condiciones siguientes: a) los accionistas minoritarios de la sociedad absorbida podrán ejercer el derecho de hacer adquirir sus acciones por la sociedad absorbente; b) en este caso, tendrán derecho a obtener una contrapartida correspondiente al valor de sus acciones; c) en caso de desacuerdo sobre esta contrapartida, esta deberá poder ser determinada por un tribunal o por una autoridad administrativa designada a tal efecto por el Estado miembro”.

¹²⁸⁹ LARGO GIL, R., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado*), p. 462; GÓMEZ SEGADE, J. A., op. cit. (*Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*), p. 5033.

¹²⁹⁰ En relación con la regulación normativa anterior del TRLSA, afirma LARGO GIL, R., op. cit. (*Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado (RdS)*), pp. 173 y 175, que “la configuración del régimen jurídico vigente en relación a los singulares cambios estructurales de las sociedades responde a una concepción superadora del puro contractualismo, lo que explica el retroceso experimentado por los derechos individuales de los socios en favor del criterio mayoritario y de la atención que se presta a otros intereses de índole empresarial (...). En el supuesto de la fusión, el reconocimiento del derecho de separación a favor de los socios reviste, además, un alcance limitado, esto es, para un supuesto concreto, no con carácter general para toda fusión”.

¹²⁹¹ Como precisa PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), p. 471, “la LSA de 1951 reconocía tal derecho en relación a la fusión (art. 144) y lo concebía como el eje principal sobre el que se articulaba la defensa del socio en esa operación y como único mecanismo de tutela ad hoc dispuesto a su servicio. Además de para la fusión, el derecho se reconocía en caso de cambio de objeto social (art. 85, pér. 4) y la transformación (art. 135)”, una visión histórica en pp. 505-518.

¹²⁹² Indica PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), p. 471, que “el TR de la LSA de 1989, aunque ha establecido el derecho para el caso de traslado de domicilio al extranjero (art. 149.2) -supuesto no recogido en la LSA de 1951- ha comportado una notable limitación respecto al resto de supuestos para los que se contemplaba en la LSA de 1951. Ya no se prevé con carácter general para el cambio de forma, sino sólo para la transformación de la sociedad anónima en sociedad colectiva o comanditaria (art. 225), así como tampoco se reconoce ya para el cambio de objeto social, sino sólo para la su sustitución (art. 147). Pero ha sido, no obstante, ante todo en materia de fusión donde esa tendencia restrictiva del ámbito del derecho se ha dejado sentir con más fuerza en tanto que de un reconocimiento del mismo en favor de todos los socios de todas las sociedades participantes en la operación y sin distinguir entre diferentes supuestos de fusión, se ha pasado a su supresión total. Con toda la supresión del derecho ha abierto viejos problemas que no habían quedado clarificados a la luz de la ley de 1951 y cuya resolución conduce, en definitiva, en determinar si a pesar de esa falta de reconocimiento legal el derecho puede tener aplicación cuando se produce una fusión. Ello depende. En suma, de la respuesta que se dé a la cuestión de si el derecho puede ser previsto en los estatutos sociales en defecto de reconocimiento legal, y de si la solución que se postule en torno al problema de si éste tiene aplicación cuando la fusión implique, además, una modificación estatutaria para las que se encuentra previsto”.

¹²⁹³ Según dispone el artículo 8.5 el Reglamento 2157/2002: “Los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las SE que estén registradas en sus territorios respectivos, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra del traslado de domicilio”. Establece la LSC, artículo 461, “derecho de separación”, que “en el caso de que una sociedad anónima europea con domicilio en España acuerde su traslado a otro Estado miembro de la Unión Europea, los accionistas que voten en contra del acuerdo de cambio de domicilio podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en esta ley para los casos de separación del socio”.

¹²⁹⁴ PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp.551-567, especialmente pp. 559 ss.

¹²⁹⁵ BLANCO-MORALES LIMONES, P., op. cit. (*La transferencia internacional de sede social*), p. 137, no obstante precisa que “el derecho de separación está plenamente justificado en el caso del traslado que implica un cambio de la *lex societatis*, aunque no parece que lo esté en igual medida cuando el traslado no implica “cambio de nacionalidad”, pues en esa situación no se produce un cambio de régimen jurídico aplicable a la sociedad.

¹²⁹⁶ Establece el artículo 346 LSC, “causas legales de separación”, lo siguiente: “1. Los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto, tendrán derecho a separarse de la sociedad de capital en los casos siguientes: a) Sustitución o modificación sustancial del objeto social; b) Prórroga de la sociedad”; Sobre el derecho de separación por sustitución o modificación sustancial del objeto social, y su diferencia con la regulación anterior SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*, v. I), p. 552.

¹²⁹⁷ Precisa PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 547-549, que “por hipótesis, el acuerdo de la sociedad absorbente no puede ocasionar (...) el cambio de forma social o el traslado de sede social al extranjero. Ello no quiere decir que no puedan llevarse a cabo otras modificaciones por la sociedad absorbente pero ello no será como consecuencia de la fusión sino con ocasión de ella (...) es claro que en estos supuestos en los que las modificaciones estatutarias se abordan con independencia de la fusión aunque coincidiendo con ella los socios de la sociedad absorbente son titulares de un derecho de separación. Para la sociedad absorbente, la fusión sí puede, en cambio, hacer necesario un cambio de objeto social a fin y efecto de adecuarlo a las actividades que desarrollaba la sociedad extinguida (...). Es respecto de los socios de la sociedad absorbida o sociedades que desaparecen por la fusión, en su modalidad de creación de nueva sociedad, donde sin embargo la cuestión parece complicarse más, porque, en realidad, no idéntico el problema subyacente (...). Aparte de la contradicción que suponía no admitirlo en un caso y sí en otro, causa perplejidad que se firmara que los socios de la sociedad absorbida no gozaran del derecho y si lo hicieran los de la absorbente (...). Ahora bien debe observarse que, a diferencia de la sociedad absorbente, las sociedades que se extinguen no ven modificados sus estatutos sociales, lo que se produce es su extinción”.

¹²⁹⁸ En octubre de 2002, el IASB y el FASB firmaron un acuerdo de cooperación para formalizar el propósito de ambos organismos de alcanzar la plena convergencia en las normas contables. A raíz del acuerdo se iniciaron diversos proyectos para eliminar las diferencias entre las NIIF y las USGAAP. En Septiembre del 2006, la Financial Accounting Standards Board (FASB) emitió el FASB Statement No. 157, Fair Value Measurements (Mediciones hechas a valor razonable; SFAS 157), y en Febrero del 2007 emitió el FASB Statement No. 159, The Fair Value Option for Financial Assets and Financial Liabilities (La opción del valor razonable para activos financieros y pasivos financieros), que incluye una enmienda del FASB Statement No. 115 (SFAS 159). Los estándares de valor razonables son idénticos. El Statement of Financial Accounting Standards No. 157, Fair Value Measurements (mediciones hechas a valor razonable) (SFAS 157), establece el marco de referencia para medir el valor razonable, y lo define de la siguiente manera: “El precio que se recibiría al vender un activo o que se pagaría al transferir un pasivo en una transacción regular entre los participantes del mercado en la fecha de medición”, poniendo énfasis en que el objetivo de la medición del valor razonable es un precio de salida desde la perspectiva de un participante del mercado que controla el activo o adeuda el pasivo, fijándose el precio desde la óptica hipotética en la fecha de medición. El SFAS 157 establece una jerarquía de tres niveles, con base en el tipo de datos de entrada utilizadas en las técnicas de medición: a) Los datos de entrada del nivel 1 son los precios cotizados en mercados activos para partidas idénticas del activo o el pasivo que se mide (p.e.j. ejemplo, las acciones que se cotizan en la bolsa de valores); b) los datos de entrada del nivel 2 son otros valores de entrada observable (p.e.j. un swap de tasa de interés; c) Los datos de entrada del nivel 3 son valores de entrada no observables pero que deben desarrollarse para reflejar los supuestos que los participantes del mercado utilizarían al determinar un precio adecuado para el activo o el pasivo (p.e.j. un instrumento de capital o deuda de una entidad privada; Tras haberse emitido en 2006 el FASB Statement No. 157, en febrero de 2007, se emitió el FASB Statement No. 159, The Fair Value Option for Financial Assets and Financial Liabilities (la opción del valor razonable para activos financieros y pasivos financieros), que incluye una enmienda del FASB Statement No. 115. De acuerdo con el IASB, a la altura de 2008, el concepto de valor razonable que aparecía en las NIIF era “el importe por el cual puede ser intercambiado un activo, o cancelado un pasivo, entre un comprador y un vendedor interesado y debidamente informados, que realizan una transacción libre”, coincidiendo plenamente con el mantenido en el Statement No. 157, la única diferencia el mismo se residenciaba en que no queda explícito en la NIIF 13 si se trataba de un precio de entrada o de salida; Una visión histórica en PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 473-504.

¹²⁹⁹ Mediante el ejercicio del derecho de separación se hace efectivo el principio de denunciabilidad de las relaciones obligatorias; Sobre la denuncia del contrato de sociedad en las sociedades personalistas afirma GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 633 que “el fundamento de la denuncia -de la separación

como evitación de la disolución de la sociedad denunciable- está en la inmoralidad que tradicionalmente se entiende ver en las vinculaciones personales opresivas, entendiéndose de esta clase la que ligara por toda la vida. En las sociedades personalistas, esta clase de opresión se ha venido viendo desde el Derecho romano en las de duración indefinida. Desde el punto de vista dogmático, el libre desligamiento del vínculo contractual en cualquier caso, es incompatible con el contrato. Y contradiría abiertamente el artículo 1256 C.C.; También ALFARO J., “*Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)*”, RDM, 1.996, n. 222, p 1109; PAZ-ARES, C., “Comentario a los artículos 1665 y ss.”, en Comentario del Código Civil, Ministerio de justicia, II, Madrid, 1991, pp. 1506-1512; SUAREZ-LLANOS, L. “*Sobre la separación de un socio en las Sociedades de Personas*”, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, 1978, pp.793 ss., considera que el socio que desea separarse, si los demás socios no están de acuerdo, no puede imponerles que continúen en sociedad después de su salida lo que constituye, por lo que la única solución es la disolución de la sociedad. Son favorables a un amplio derecho de separación del socio, GARRIGUES, J., “*Tratado de Derecho Mercantil*”, t. I, v. 3, Revista de Derecho Privado, Madrid 1949, p. 1269, y MOTOS GUIRAO. M., “*La separación voluntaria del socio en el Derecho Español*”, RDN, 1.956, pp. 88-89; En las sociedades de capital no se está previsto legalmente un derecho de separación ad nutum del socio (a salvo su equiparación con la libre transmisibilidad), en todo caso se ejercicio podría basarse en la especial posición del socio en una corporación, como la sociedad anónima, y las causas legales de separación reguladas en el art. 346 LSC, supone modificaciones estatutarias que alteran fundamentalmente las bases del contrato social, y a salvo el derecho de separación por falta de reparto de dividendos, recogida en el artículo 348 bis LSC, no se contempla legalmente una cláusula general de derecho de separación por motivos justificados semejante a los supuestos de la “oppression” en los Derechos norteamericano e inglés, o las creaciones doctrinales y jurisprudenciales de los sistemas suizo y alemán).

¹³⁰⁰ PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 530-531, que “aun admitiendo que la amortización de las acciones pudiera constituir un rasgo esencial delimitador del derecho de separación, debe reconocerse que la adquisición de las acciones por la sociedad a la que se refiere la Directiva comportará legalmente en último término a veces el mismo resultado que produce el derecho de separación en tanto que constituye un supuesto de adquisición de acciones propias que obliga a la sociedad a enajenar las acciones o amortizarlas y proceder la reducción de capital. En éste último caso, la adquisición sería un paso intermedio que conduciría exactamente los mismos resultados que el ejercicio del derecho de separación. Por todas estas consideraciones nos resulta difícil refutar que lo contemplado en el artículo 28 de la Directiva no sea un Derecho de separación (...). Por todo ello creemos que más que la posibilidad de desvinculación a través de una técnica distinta del derecho de separación, la Directiva prevé un derecho de separación aunque a través de una técnica diversa a la prevista en nuestra ley de 1951, pero análoga a la prevista por nuestro legislador en la Ley 27/1984. “El derecho a hacer adquirir las acciones”, al que se refiere la Directiva, no conduce, en efecto, de manera inmediata y en todos los casos a la amortización de las acciones, pero ello no justifica a nuestro juicio afirmar que la Directiva no prevé el derecho de separación”.

¹³⁰¹ A saber: siguientes: a) la publicidad relativa al proyecto de fusión que deba ser objeto de una publicidad efectuada según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE, para cada una de las sociedades que se fusionen al menos un mes antes de la fecha de la reunión de la junta general llamada a pronunciarse sobre el proyecto de fusión., se haga, por la sociedad absorbente, al menos un mes antes de la fecha de reunión de la junta general de la o de las sociedades absorbidas que deba pronunciarse sobre el proyecto de fusión; b) todos los accionistas de la sociedad absorbente tendrán derecho, al menos un mes antes de la fecha antes indicada, a consultar, en el domicilio social de esta sociedad, el proyecto de fusión; las cuentas anuales, así como los informes de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que se fusionen; y, en su caso, un estado contable cerrado a una fecha que no deberá ser anterior al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión en el caso de que las últimas cuentas anuales se refieran a un ejercicio cuyo final sea anterior en más de seis meses a esta fecha; los informes de los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionen mencionados en el artículo, y el informe mencionado, por cada una de las sociedades que se fusionen, de uno o varios peritos independientes de estas, designados o reconocidos por una autoridad judicial o administrativa, que examinarán el proyecto de fusión y elaborarán un informe escrito destinado a los accionistas. No obstante, la legislación de un Estado miembro podrá prever la designación de uno o varios peritos independientes para todas las sociedades que se fusionen, si esta designación, a petición conjunta de estas sociedades, fuera hecha por una autoridad judicial o administrativa. Estos peritos podrán ser, según la legislación de cada Estado miembro, personas físicas o jurídicas, o sociedades.

¹³⁰² PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), p. 523, con una amplia y detenida explicación histórica sobre al Terra Directiva, en pp. 522-532.

¹³⁰³ Artículo 16.1.

¹³⁰⁴ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 416.

¹³⁰⁵ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 416.

¹³⁰⁶ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 416, donde precisa que “en líneas generales se puede sostener que el régimen previsto para la relación de canje y la continuidad de la posición de socio es similar al que estaba previsto para las sociedades de capital”.

¹³⁰⁷ Sección 11.08 MBCA que indica expresamente que “(a) *When a merger becomes effective, (...) (8) the shares of each corporation that is a party to the merger, (...), that are to be converted under the plan of merger into shares, (...), are converted and the former holders of such shares (...) are entitled only to the rights provided to them in the plan of merger*”.

¹³⁰⁸ Sección 252 de la Delaware GCL que indica que “(b) *All the constituent corporations shall enter into an agreement of merger or consolidation. The agreement shall state: (1) the terms and conditions of the merger or consolidation; (2) the mode of carrying the same into effect; (3) The manner, if any, of converting the shares of each of the constituent corporations into shares or other securities of the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation (...)*”.

¹³⁰⁹ PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), p. 155.

¹³¹⁰ PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 157-158.

¹³¹¹ Según POSNER, R. A., op. cit. (*Análisis económico del Derecho*), p. 664, “la hay. Los activos de una corporación podrían ser más valioso si las acciones de la corporación se mantienen privadamente en lugar de que estén registradas en los términos de las leyes de valores y se negocien en una de las bolsas organizadas, y, por tanto, estén sujetas a las extensas regulaciones gubernamentales y de la bolsa de valores. El cumplimiento de éstas regulaciones es costoso y una fuente de riesgos legales, pero además dificulta que una empresa opere en secreto, lo que podría impedir que la empresa aproveche ciertas oportunidades de negocios. Por otra parte el hecho de operar en privado genera una unión más estrecha de la propiedad y el control, lo que reduce los costos de agencia”.

¹³¹² Sección 11.02 (c) (3) MBCA “(3) the manner and basis of converting the shares of each merging domestic or foreign business corporation (...) into shares or other securities, eligible interests, obligations, rights to acquire shares, other securities or eligible interests, cash, other property, or any combination of the foregoing”.

¹³¹³ Sección 11.04 (f) MBCA que señala que “(f) Separate voting by voting groups is required: (1) on a plan of merger, by each class or series of shares that: (i) are to be converted under the plan of merger into other securities, interests, obligations, rights to acquire shares, other securities or interests, cash, other property, or any combination of the foregoing”.

¹³¹⁴ Comentario Oficial la sección 11.02, apartado 3. que indica que el Capítulo 11 –donde se regulan las fusiones transfronterizas– “imposes virtually no restrictions or limitations on the terms and conditions of a merger, except for those set forth in section 11.02(e) concerning provisions in a plan of merger for amendment of the plan after it has been approved by shareholders. Owners of shares or eligible interests in a party to the merger that merges into the survivor may receive shares or other securities of the survivor, shares or other securities of a party other than the survivor, interests, obligations, rights to acquire shares, or other securities, cash, or other property”, de tal manera que “the capitalization of the survivor may be restructured in the merger, and its articles or organizational documents may be amended by the articles of merger, in any way deemed appropriate”.

¹³¹⁵ Así establece Wyoming Statutes, Title 17- Corporations, Partnerships and Associations, Chapter 1 - Business Corporations, Article 1 - In general: “7-16-1107. Effect of merger: “(vii) The shares of each corporation that is a party to the merger, and the interests in an eligible entity that is a party to a merger, that are to be converted under the plan of merger into shares, eligible interests, obligations, rights to acquire securities, other securities, or eligible interests, cash, other property, or any combination of the foregoing, are converted, and the former holders of the shares or eligible interests are entitled only to the rights provided in the plan of merger or to any rights they may have under article 13 of this chapter or the organic law of the eligible entity”.

¹³¹⁶ El Comentario Oficial a la Sección 11.02.(c) indica que “Section 11.02(c) requires that the terms and conditions be set forth in the plan of merger”.

¹³¹⁷ Comentario Oficial la sección 11.04, apartado 1 que señala que “the board must submit the plan to the shareholders for their approval”.

¹³¹⁸ Comentario Oficial a la sección 11.04, apartado 1 que indica que “section 11.04(f) provides that a class or series has a right to vote on a plan of merger as a separate voting group if, pursuant to the merger, the class or series would be converted into other securities, eligible interests, obligations, rights to acquire shares, other securities or eligible interests, cash, or other property”.

¹³¹⁹ PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 125-126, añadiendo, en pp. 126-128, los siguiente: “Estas posibilidades no se limitan a los supuestos de fusión con subsidiarias o short mergers, esto es, cuando una de la sociedades que se fusionan esta participada en un alto porcentaje -90 o 95 por 100- por la otra, sino que en virtud de las previsiones “aún más liberales” resultan aplicables a supuestos en que no existen situaciones de alta participación de una sociedad por otra y a casos en los que las sociedades fusionadas son completamente independientes (...). Como se deduce, las múltiples posibilidades derivadas de esta ruptura de la norma de continuidad de la condición de socio pueden tener consecuencias bien distintas en función de que la fusión se realice entre sociedades independientes o entre sociedades donde existe una situación de dependencia. Aunque dentro de éste último supuesto pueden distinguirse su vez diferentes hipótesis que son susceptibles de merecer valoraciones diversas, la fusión entre sociedades dependientes puede suponer, cualquiera que sea su finalidad, el desplazamiento -de manera coercitiva- de los inversores de fondos por aquellos que poseen un paquete accionarial de control cuando la sociedad absorbente en vez de entregar acciones propias distribuye bienes de otra naturaleza”.

¹³²⁰ PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 129-133, precisa que “las primeras leyes que reconocen la posibilidad de que la fusión pueda acontecer no ya sólo mediante un canje de acciones, sino también mediante la entrega de dinero o de obligaciones hacen acto de presencia a mediados de la década de los años veinte. Antes de ese momento, sólo se permitía entregar acciones de la sociedad resultante, y, asimismo los tribunales se habían mostrado bien atentos a la maniobras de los accionistas de control tendentes a conseguir indirectamente lo que no se les permite de manera directa. Sobre el sentido que cabe dar a estas nuevas leyes no existe, sin embargo unanimidad, pues mientras que para algunos refleja una preferencia por la flexibilidad y la democracia societaria, otros que atribuyen esa interpretación a una mera exégesis textual, consideran que el contexto, legal y empresarial de la época permite concluir que la opinión legal y judicial del momento no convino en legitimar la exclusión de la minoría. Asimismo, estos últimos sostienen que esas leyes fueron promulgadas para resolver problemas no relacionados con las take outs. En este sentido se advierte, por ejemplo, que la existencia de algunas limitaciones en la normativa de fusión de la época -i.e., algunos estados sólo autorizaban fusiones domésticas y algunos sólo permitían la fusión de sociedades con similares objetos empresariales- conducía a vender los activos de la sociedad como alternativa a la fusión, pues mediante esta vía podía conseguirse el mismo resultado cuando la transmisión del patrimonio se efectuaba a cambio de acciones y se procedía a la subsiguiente disolución de la adquirida, así como a la distribución de las acciones recibidas entre los accionistas de esta. No obstante la realización de esas operaciones no estaba exenta de problemas, pues, además del obstáculo de no poder gozar de la ventaja de la transmisión patrimonial conjunta derivada de la fusión, la recomposición accionarial que la operación exigía planteaba numerosas dificultades. Esto problemas en cuenta su solución idónea, según entienden los autores que mantienen esta segunda interpretación, en la liberalización de las normas de la fusión, que vienen a borrar, en definitiva, las “barreras artificiales” entre ambas instituciones, dotando a la fusión de una mayor flexibilidad al servicio de los dirigentes sociales que diseñan operaciones para combinar varias sociedades en una sola. Esa orientación sí sufrió, en cambio, un giro sustancial con las normas promulgadas por el estado de Nueva York en 1936, inaugurando una nueva etapa, caracterizada, ya sí, por la legitimación de la exclusión de la minoría (...) No obstante la Court of Appeals de Nueva York tuvo la oportunidad de ser una de las maneras en marcar una nueva orientación. Así en la decisión sobre el caso *Beloff v. Consolidated Edison Co.*, en 1949, sostuvo la inexistencia de un derecho del socio a la continuación de su status como tal, afirmandose que el accionista de una sociedad fusionada sólo tiene derecho a un derecho verdadero, cual es el de la protección del valor de su participación. Dicha protección se garantiza, según se sostuvo, a través del “appraisal right” o derecho poder depararse de la sociedad. Ese nuevo signo jurisprudencial se fue afianzando al hilo de las nuevas reformas de las legislaciones de los diferentes estados generalizando los supuestos en los que puede entregarse dinero en vez de acciones de la sociedad resultante (con cita de las leyes de New York, Delaware y New Jersey, y de los casos *Signer v. Magnvox co.*, y *Weinberger v. UOP Inc.*)

¹³²¹ PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 128-129.

¹³²² PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), p. 129, donde advierte, tras tratar la exclusión de socios minoritarios mediante la fusión con una subsidiaria, que “por el contrario, si la operación de lleva a cabo entre sociedades independientes ese desplazamiento, y los consiguientes conflictos que acarrea, no se producen del mismo modo, pues bajo esos presupuestos de independencia la fusión se presupone sustentada en el común interés de todos los accionistas por maximizar su inversión. En tales

circunstancias la decisión de la mayoría repercutirá uniformemente sobre todos los accionistas sin que se produzcan consecuencias diferentes sobre los que han votado a favor o se han pronunciado en contra”.

¹³²³ Sección 11.02.(c).(3) MBCA que indica expresamente “the manner and basis of converting the shares of each merging domestic or foreign business corporation and eligible interests of each merging domestic or foreign eligible entity into shares or other securities, eligible interests, obligations, rights to acquire shares, other securities or eligible interests, cash, other property, or any combination of the foregoing”.

¹³²⁴ Sección 11.05 (b) MBCA que señala expresamente “after adopting the plan of merger or share exchange the board of directors must submit the plan to the shareholders for their approval”.

¹³²⁵ La Sección 252.b).(3) de la Delaware GCL indica “(3) the manner, if any, of converting the shares of each of the constituent corporations into shares or other securities of the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation, or of cancelling some or all of such shares, and, if any shares of any of the constituent corporations are not to remain outstanding, to be converted solely into shares or other securities of the surviving or resulting corporation or to be cancelled, the cash, property, rights or securities of any other corporation or entity which the holders of such shares are to receive in exchange for, or upon conversion of, such shares and the surrender of any certificates evidencing them, which cash, property, rights or securities of any other corporation or entity may be in addition to or in lieu of the shares or other securities of the surviving or resulting corporation”.

¹³²⁶ Sentencias de los casos *Mullen v. Academy Life Ins. Co.*, 705 F.2d 971 (8th Cir. 1983) y *Abbey v. Montedison S. p. A.*, 143 Misc. 2d 72 N.Y.S.2d 862 (sup 1989), afirmándose en el primero de ellos que “a “freezeout” occurs when the majority stockholders of a corporation eliminate all minority stockholders either through merger or some other mechanism”.

¹³²⁷ FURLOW, C. W., “*Back to basics: harmonizing Delaware’s law governing going private transactions*”, *Akon Law Review*, 2007, pp. 85 ss.

¹³²⁸ Así en los casos *Singer v. Magnavox*, 380 A.2d 969, 976-77 (Del. 1977), y *Kahn v. Tremont corp.*, 694 A.2d 422, 428-29 (Del. 1997). En la sentencia del primero de ellos se firmó que “controlling shareholders owe their corporation and its minority shareholders a fiduciary obligation of honesty, loyalty, good faith and fairness”.

¹³²⁹ PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 126-127, afirma que “tales alternativas permitirían, por hipótesis, que con la intención de expropiar a la minoría, la mayoría de una sociedad forzase la creación de otra sociedad, donde los accionistas minoritarios no participaran, y procediera a la subsiguiente absorción de la primera por la sociedad creada, provocando la exclusión de la minoría en la sociedad resultante mediante la determinación de un tipo de canje que no consista en acciones de la sociedad absorbida contra acciones de la absorbente, sino en acciones de la sociedad absorbida contra, por ejemplo, dinero. El mismo resultado puede conseguirse, por hipótesis de manera más simple si los mayoritarios no necesitan recurrir a una sociedad que actúe de modo absorbente y simplemente se proceda a la absorción de la subsidiaria por esa sociedad”.

¹³³⁰ Lo cual puede ser y ha sido discutido, así en los casos *Roseblatt v. Getty Oil*, 493 A.2d 929 (Del. 1985); *Citron v. Fairchild Camera & Instrument Cop.*, 569 A.2d 56 (Del. 1989); *Kahn v. Lynch Communication Sys., Inc.*, 638 A.2d 1117 (Del. 1994); *Salomon v. Pathe Communications Corp.*, 672 A.2d 35 (Del. 1996); *Grassman v. Unical Exploration Corp.*, 777 A.2d 248 (Del. 2001).

¹³³¹ En los supuestos indicados en la sección 13.02. b) y c).

¹³³² PÉREZ TROYA, A., op. cit. (*La tutela del accionista en la fusión de sociedades*), pp. 137-138.

¹³³³ El Comentario Oficial a la Sección 13, apartado 1 indica “Chapter 13 deals with the tension between the desire of the corporate leadership to be able to enter new fields, acquire new enterprises, and rearrange investor rights, and the desire of investors to adhere to the rights and the risks on the basis of which they invested. Contemporary corporation statutes in the United States attempt to resolve this tension through a combination of two devices, On the one hand, through their approval of an amendment to the articles of incorporation, a merger; share exchange or disposition of assets, the majority may change the nature and shape of the enterprise and the rights of all its shareholders. On the other hand, shareholders who object to these changes may withdraw the fair value of their investment in cash through their exercise of appraisal rights. The traditional accommodation has been sharply criticized from two directions. From the viewpoint of investors who object to the transaction, the appraisal process is criticized for providing little help to the ordinary investor because its technicalities make its use difficult, expensive, and risky From the viewpoint of the corporate leadership, the appraisal process is criticized because it fails to protect the corporation from

demands that are motivated by the hope of a nuisance settlement or by fanciful conceptions of value. Chapter 13 is a compromise between these opposing points of view. It is designed to increase the frequency with which assertion of appraisal rights leads to economical and satisfying solutions, and to decrease the frequency with which such assertion leads to delay, expense, and dissatisfaction. It seeks to achieve these goals primarily by simplifying and clarifying the appraisal process, as well as by motivating the parties to settle their differences in private negotiations without resort to judicial appraisal proceedings. Chapter 13 proceeds from the premise that judicial appraisal should be provided by statute only when two conditions co-exist. First, the proposed corporate action as approved by the majority will result in a fundamental change in the shares to be affected by the action. Second, uncertainty concerning the fair value of the affected shares may cause reasonable persons to differ about the fairness of the terms of the corporate action. Uncertainty is greatly reduced, however; in the case of publicly-traded shares. This explains both the market exception described below and the limits provided to the exception. Notwithstanding this linkage, amended chapter 13 eliminates appraisal for voting shareholders in several instances where it would have been available under the 1984 Act. Shareholders who are entitled to vote on a corporate action, whether because such shareholders have general voting rights or because group voting provisions are triggered, are not entitled to appraisal if the change will not alter the terms of the class or series of securities that they hold. Thus, statutory appraisal rights are not available for shares of any class of the surviving corporation in a merger or any class of shares that is not included in a share exchange. Appraisal is also not triggered by a voluntary dissolution under chapter 14 because that action does not affect liquidation rights—the only rights that are relevant following a shareholder vote to dissolve. With the exception of reverse stock splits that result in cashing out some of the shares of a class or series, amended chapter 13 also eliminates appraisal in connection with all amendments to the articles of incorporation. This change in amended chapter 13 does not reflect a judgment that an amendment changing the terms of a particular class or series may not have significant economic effects. Rather, it reflects a judgment that distinguishing among different types of amendments for the purposes of statutory appraisal is necessarily arbitrary and thus may not accurately reflect the actual demand of shareholders for appraisal in specific instances. Instead, amended chapter 13 permits a high degree of private-ordering by delineating a list of transactions for which the corporation may voluntarily choose to provide appraisal and by permitting a provision in the articles of incorporation that eliminates, in whole or in part, statutory appraisal rights for preferred shares. Chapter 13 also is unique in its approach to appraisal rights for publicly traded shares. Approximately half of the general corporation statutes in the United States provide exceptions to appraisal for publicly-traded shares, on the theory that it is not productive to expose the corporation to the time, expense and cash drain imposed by appraisal demands when shareholders who are dissatisfied with the consideration offered in an appraisal-triggering transaction could sell their shares and obtain cash from the market. This exception to appraisal is generally known as the “market-out” and is referred to here as the “market exception.” Opponents of the market exception argue that it results in unfairness where neither the consideration offered in connection with the transaction nor the market price reflects the fair value of the shares, particularly if the corporate decision-makers have a conflict of interest. Chapter 13 seeks to accommodate both views by providing a market exception that is limited to those situations where shareholders are likely to receive fair value when they sell their shares in the market after the announcement of an appraisal-triggering transaction. For the market exception to apply under chapter 13 there must first be a liquid market. Second, unique to chapter 13, the market exception does not apply in specified circumstances where the appraisal triggering action is deemed to be a conflict-of-interest transaction.”

¹³³⁴ La Sección 13.02 de la MBCA indica “(a) A shareholder is entitled to appraisal rights, and to obtain payment of the fair value of that shareholder’s shares, in the event of any of the following corporate actions: 1) consummation of a merger to which the corporation is a party (i) if shareholder approval is required for the merger by section 11.04 and the shareholder is entitled to vote on the merger; except that appraisal rights shall not be available to any shareholder of the corporation with respect to shares of any class or series that remain outstanding after consummation of the merger; or (ii) if the corporation is a subsidiary and the merger is governed by section 11.05.”

¹³³⁵ La Sección 13.01.(4) MBCA indica “(4) “Fair value” means the value of the corporation’s shares determined: (i) immediately before the effectuation of the corporate action to which the shareholder objects; (ii) using customary and current valuation concepts and techniques generally employed for similar businesses in the context of the transaction requiring appraisal; and (iii) without discounting for lack of marketability or minority status except, if appropriate, for amendments to the articles pursuant to section 13.02(a)(5)”.

¹³³⁶ Según precisa el Comentario Oficial. 2 al párrafo 13.01: “Subsection (i) of the definition of “fair value” in section 13.0 1(4) makes clear that fair value is to be determined immediately before the effectuation of the corporate action, rather than, as is the case under most state, statutes that address the issue, the date of the shareholders’ vote. This comports with the purpose of this chapter to preserve the shareholder’s prior rights

as a shareholder until the effective date of the corporate action, rather than leaving the shareholder in an ambiguous state with neither rights as a shareholder nor perfected appraisal rights. The corporation and, as relevant, its shares are valued as they exist immediately before the effectuation of the corporate action requiring appraisal. Accordingly, section 13.01(4) permits consideration of changes in the market price of the corporation's shares in anticipation of the transaction, to the extent such changes are relevant. Similarly, in a two-step transaction culminating in a merger, the corporation is valued immediately before the second step merger; taking into account any interim changes in value. (...).

The definition of "fair value" in section 13.01(4) makes several changes from the prior version. The 1984 Model Act's definition of "fair value" was silent on how fair value was to be determined, except for a concluding clause that excluded from the valuation "any appreciation or depreciation in anticipation of the corporate action, unless exclusion would be inequitable." The Official Comment provided that the section left to the courts "the details by which 'fair value' is to be determined within the broad outlines of the definition." While the logic of the prior Official Comment continues to apply, the exclusionary clause in the prior Model Act definition, including the qualification for cases where the exclusion would be inequitable, has been deleted. Those provisions have not been susceptible to meaningful judicial interpretation and have been set aside in favor of the broader concept in subsection (ii).

The new formulation in paragraph (ii), which is patterned on section 7.22 of the Principles of Corporate Governance promulgated by the American Law Institute, directs courts to keep the methodology chosen in appraisal proceedings consistent with evolving economic concepts and adopts that part of section 7.22 which provides that fair value should be determined using "customary valuation concepts and techniques generally employed TTT, for similar businesses in the context of the transaction requiring appraisal." Subsection (ii) adopts the accepted view that different transactions and different contexts may warrant different valuation methodologies. Customary valuation concepts and techniques will typically take into account numerous relevant factors, including assigning a higher valuation to corporate assets that would be more productive if acquired in a comparable transaction but excluding any element of value attributable to the unique synergies of the actual purchaser of the corporation or its assets. For example, if the corporation's assets include undeveloped real estate that is located in a prime commercial area, the court should consider the value that would be attributed to the real estate as commercial development property in a comparable transaction. The court should not, however, assign any additional value based upon the specific plans or special use of the actual purchaser.

Modern valuation methods will normally result in a range of values, not a particular single value. When a transaction falls within that range, "fair value" has been established. Absent unusual circumstances, it is expected that the consideration in an arm's-length transaction will fall within the range of "fair value" for purposes of section 13.01(4). Section 7.22 of the ALI Principles of Corporate Governance also provides that in situations that do not involve certain types of specified conflicts of interest, "the aggregate price accepted by the board of directors of the subject corporation should be presumed to represent the fair value of the corporation, or of the assets sold in the case of an asset sale, unless the plaintiff can prove otherwise by clear and convincing evidence. That presumption has not been included in the definition of "fair value" in section 13.01(4) because the framework of defined types of conflict transactions which is a predicate for the ALI's presumption is not contained in the Model Act. Nonetheless, under section 13.01(4), a court determining fair value should give great deference to the aggregate consideration accepted or approved by a disinterested board of directors for an appraisal-triggering transaction.

Subsection (iii) of the definition of "fair value" establishes that valuation discounts for lack of marketability or minority status are inappropriate in most appraisal actions, both because most transactions that trigger appraisal rights affect the corporation as a whole and because such discounts give the majority the opportunity to take advantage of minority shareholders who have been forced against their will to accept the appraisal-triggering transaction. Subsection (iii), in conjunction with the lead-in language to the definition, is also designed to adopt the more modern view that appraisal should generally award a shareholder his or her proportional interest in the corporation after valuing the corporation as a whole, rather than the value of the shareholder's shares when valued alone. If, however, the corporation voluntarily grants appraisal rights for transactions that do not affect the entire corporation—such as certain amendments to the articles of incorporation—the court should use its discretion in applying discounts if appropriate. As the introductory clause of section 13.01 notes, the definition of "fair value" applies only to chapter 13. See the Official Comment to section 14.34 which recognizes that a minority discount may be appropriate under that section".

¹³³⁷ No obstante podría acudirse a la NIIF 13, según la cual: "2 El valor razonable es una valoración basada en el mercado, no una valoración específica de la entidad. Para algunos activos y pasivos, es posible que se disponga de información de mercado o de transacciones de mercado observables. Para otros activos y pasivos, es posible que no se disponga de información de mercado ni de transacciones de mercado

observables. Sin embargo, el objetivo de la valoración del valor razonable en ambos casos es el mismo: estimar el precio al que se realizaría una transacción ordenada para vender un activo o transferir un pasivo entre participantes en el mercado en la fecha de valoración bajo las condiciones de mercado actuales (es decir, un precio de salida en la fecha de valoración desde la perspectiva de un participante en el mercado que mantiene el activo o es titular del pasivo). 3 Cuando no se dispone del precio de un activo o pasivo idénticos, una entidad valora el valor razonable empleando otra técnica de valoración que maximiza el uso de variables observables pertinentes y minimiza el uso de variables no observables. Dado que el valor razonable es una valoración que se basa en el mercado, se obtiene aplicando las hipótesis que los participantes en el mercado emplearían a la hora de fijar el precio de un activo o pasivo, incluyendo las hipótesis sobre el riesgo. Por tanto, la intención de una entidad de mantener un activo o de cancelar o de cumplir una obligación de otro modo no es relevante para la valoración del valor razonable.

4 La definición de valor razonable se basa en los activos y pasivos porque estos constituyen unos de los principales elementos de la valoración contable. Además, esta NIIF debe aplicarse a los instrumentos de patrimonio propio de la entidad valorados al valor razonable”; El Plan General de Contabilidad. Primera Parte. Marco conceptual de la Contabilidad, norma 6º Criterios de valoración. 2. Valor razonable, acoge y desarrolla aquella definición de “valor razonable indicando lo siguiente: “Es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua. El valor razonable se determinará sin deducir los costes de transacción en los que pudiera incurrirse en su enajenación. No tendrá en ningún caso el carácter de valor razonable el que sea resultado de una transacción forzada, urgente o como consecuencia de una situación de liquidación involuntaria. Con carácter general, el valor razonable se calculará por referencia a un valor fiable de mercado. En este sentido, el precio cotizado en un mercado activo será la mejor referencia del valor razonable, entendiéndose por mercado activo aquél en el que se den las siguientes condiciones: a) Los bienes o servicios intercambiados en el mercado son homogéneos; b) Pueden encontrarse prácticamente en cualquier momento compradores o vendedores para un determinado bien o servicio; y c) Los precios son conocidos y fácilmente accesibles para el público. Estos precios, además, reflejan transacciones de mercado reales, actuales y producidas con regularidad. Para aquellos elementos respecto de los cuales no exista un mercado activo, el valor razonable se obtendrá, en su caso, mediante la aplicación de modelos y técnicas de valoración. Entre los modelos y técnicas de valoración se incluye el empleo de referencias a transacciones recientes en condiciones de independencia mutua entre partes interesadas y debidamente informadas, si estuviesen disponibles, así como referencias al valor razonable de otros activos que sean sustancialmente iguales, métodos de descuento de flujos de efectivo futuros estimados y modelos generalmente utilizados para valorar opciones. En cualquier caso, las técnicas de valoración empleadas deberán ser consistentes con las metodologías aceptadas y utilizadas por el mercado para la fijación de precios, debiéndose usar, si existe, la técnica de valoración empleada por el mercado que haya demostrado ser la que obtiene unas estimaciones más realistas de los precios. Las técnicas de valoración empleadas deberán maximizar el uso de datos observables de mercado y otros factores que los participantes en el mercado considerarían al fijar el precio, limitando en todo lo posible el empleo de consideraciones subjetivas y de datos no observables o contrastables. La empresa deberá evaluar la efectividad de las técnicas de valoración que utilice de manera periódica, empleando como referencia los precios observables de transacciones recientes en el mismo activo que se valore o utilizando los precios basados en datos o índices observables de mercado que estén disponibles y resulten aplicables. El valor razonable de un activo para el que no existan transacciones comparables en el mercado, puede valorarse con fiabilidad si la variabilidad en el rango de las estimaciones del valor razonable del activo no es significativa o las probabilidades de las diferentes estimaciones, dentro de ese rango, pueden ser evaluadas razonablemente y utilizadas en la estimación del valor razonable. Cuando corresponda aplicar la valoración por el valor razonable, los elementos que no puedan valorarse de manera fiable, ya sea por referencia a un valor de mercado o mediante la aplicación de los modelos y técnicas de valoración antes señalados, se valorarán, según proceda, por su coste amortizado o por su precio de adquisición o coste de producción, minorado, en su caso, por las partidas correctoras de su valor que pudieran corresponder, haciendo mención en la memoria de este hecho y de las circunstancias que lo motivan”; Determinado el valor real de los patrimonios de las sociedades que van a intervenir en la fusión, ha de precisarse el “valor teórico unitario” de los títulos representativos del capital de las sociedades, que resultará de dividir el valor real patrimonial de cada sociedad participante por el número total de acciones, en que tiene dividido su capital social. Establecido este valor se hallará el tipo de canje (Valor teórico del título = Valor Patrimonial Sociedad / Número Total de Títulos; Tipo de canje = Valor teórico de los títulos entidad absorbente/ Valor teórico títulos entidad absorbida).

¹³³⁸ La Delaware General Corporation Law, en su sección 252, titulada.” Merger or Consolidation of Domestic and Foreign Corporations; Service of Process Upon Surviving or Resulting Corporation”, apartado “d”, establece lo siguiente: “If the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation is to

be governed by the laws of the District of Columbia or any state or jurisdiction other than this State, it shall agree that it may be served with process in this State in any proceeding for enforcement of any obligation of any constituent corporation of this State, as well as for enforcement of any obligation of the surviving or resulting corporation arising from the merger or consolidation, including any suit or other proceeding to enforce the right of any stockholders as determined in appraisal proceedings pursuant to § 262 of this title and shall irrevocably appoint the Secretary of State as its agent to accept service of process in any such suit or other proceedings and shall specify the address to which a copy of such process shall be mailed by the Secretary of State”.

¹³³⁹ La Sección 262 de la Delaware GCL señala que “(a) *Any stockholder of a corporation of this State who holds shares of stock on the date of the making of a demand pursuant to subsection (d) of this section with respect to such shares, who continuously holds such shares through the effective date of the merger or consolidation, who has otherwise complied with subsection (d) of this section and who has neither voted in favor of the merger or consolidation nor consented thereto in writing pursuant to § 228 of this title shall be entitled to an appraisal by the Court of Chancery of the fair value of the stockholder’s shares of stock under the circumstances described in subsections (b) and (c) of this section. As used in this section, the word “stockholder” means a holder of record of stock in a stock corporation and also a member of record of a nonstock corporation; the words “stock” and “share” mean and include what is ordinarily meant by those words and also membership or membership interest of a member of a nonstock corporation; and the words “depository receipt” mean a receipt or other instrument issued by a depository representing an interest in one or more shares, or fractions thereof, solely of stock of a corporation, which stock is deposited with the depository”.*

¹³⁴⁰ Continúa la Sección 262 de la Delaware GCL señalando “(1) *Provided, however, that no appraisal rights under this section shall be available for the shares of any class or series of stock, which stock, or depository receipts in respect thereof, at the record date fixed to determine the stockholders entitled to receive notice of and to vote at the meeting of stockholders to act upon the agreement of merger or consolidation, were either (i) listed on a national securities exchange or (ii) held of record by more than 2,000 holders; and further provided that no appraisal rights shall be available for any shares of stock of the constituent corporation surviving a merger if the merger did not require for its approval the vote of the stockholders of the surviving corporation as provided in subsection (f) of § 251 of this title.* (2) *Notwithstanding paragraph (1) of this subsection, appraisal rights under this section shall be available for the shares of any class or series of stock of a constituent corporation if the holders thereof are required by the terms of an agreement of merger or consolidation pursuant to § (...), 252, (...) of this title to accept for such stock anything except: a. Shares of stock of the corporation surviving or resulting from such merger or consolidation, or depository receipts in respect thereof; b. Shares of stock of any other corporation, or depository receipts in respect thereof, which shares of stock (or depository receipts in respect thereof) or depository receipts at the effective date of the merger or consolidation will be either listed on a national securities exchange or held of record by more than 2,000 holders; c. Cash in lieu of fractional shares or fractional depository receipts described in the foregoing subparagraphs a. and b. of this paragraph; or d. Any combination of the shares of stock, depository receipts and cash in lieu of fractional shares or fractional depository receipts described in the foregoing subparagraphs a., b. and c. of this paragraph.* (3) *In the event all of the stock of a subsidiary Delaware corporation party to a merger effected under § 253 of this title is not owned by the parent corporation immediately prior to the merger, appraisal rights shall be available for the shares of the subsidiary Delaware corporation. (c) Any corporation may provide in its certificate of incorporation that appraisal rights under this section shall be available for the shares of any class or series of its stock as a result of an amendment to its certificate of incorporation, any merger or consolidation in which the corporation is a constituent corporation or the sale of all or substantially all of the assets of the corporation. If the certificate of incorporation contains such a provision, the procedures of this section, including those set forth in subsections (d) and (e) of this section, shall apply as nearly as is practicable. d) Appraisal rights shall be perfected as follows: (1) If a proposed merger or consolidation for which appraisal rights are provided under this section is to be submitted for approval at a meeting of stockholders, the corporation, not less than 20 days prior to the meeting, shall notify each of its stockholders who was such on the record date for such meeting with respect to shares for which appraisal rights are available pursuant to subsection (b) or (c) hereof that appraisal rights are available for any or all of the shares of the constituent corporations, and shall include in such notice a copy of this section. Each stockholder electing to demand the appraisal of such stockholder’s shares shall deliver to the corporation, before the taking of the vote on the merger or consolidation, a written demand for appraisal of such stockholder’s shares. Such demand will be sufficient if it reasonably informs the corporation of the identity of the stockholder and that the stockholder intends thereby to demand the appraisal of such stockholder’s shares. A proxy or vote against the merger or consolidation shall not constitute such a demand. A stockholder electing to take such action must do so by a separate written demand as herein provided. Within 10 days after the effective date of such merger or consolidation, the surviving or resulting corporation shall notify each stockholder of each constituent corporation who has complied with this subsection and has not voted in favor of or consented to the merger or consolidation of the date that the merger or consolidation has become effective; or (2) If the merger or consolidation was approved pursuant to § 228 or § 253 of this title, then, either a constituent corporation before the effective date of the merger or consolidation, or the surviving or resulting corporation within 10 days thereafter, shall notify each of the holders of any class or series of stock of such constituent corporation who are entitled to appraisal rights of the approval of the merger or consolidation and that appraisal rights are available for any or all shares of such class or series of stock of such constituent corporation, and shall include in such notice a copy of this section. Such notice may, and, if given on or after the effective date of the merger or consolidation, shall, also notify such stockholders of the effective date of the merger or consolidation. Any stockholder entitled to appraisal rights may, within 20 days after the date of*

mailing of such notice, demand in writing from the surviving or resulting corporation the appraisal of such holder's shares. Such demand will be sufficient if it reasonably informs the corporation of the identity of the stockholder and that the stockholder intends thereby to demand the appraisal of such holder's shares. If such notice did not notify stockholders of the effective date of the merger or consolidation, either (i) each such constituent corporation shall send a second notice before the effective date of the merger or consolidation notifying each of the holders of any class or series of stock of such constituent corporation that are entitled to appraisal rights of the effective date of the merger or consolidation or (ii) the surviving or resulting corporation shall send such a second notice to all such holders on or within 10 days after such effective date; provided, however, that if such second notice is sent more than 20 days following the sending of the first notice, such second notice need only be sent to each stockholder who is entitled to appraisal rights and who has demanded appraisal of such holder's shares in accordance with this subsection. An affidavit of the secretary or assistant secretary or of the transfer agent of the corporation that is required to give either notice that such notice has been given shall, in the absence of fraud, be prima facie evidence of the facts stated therein. For purposes of determining the stockholders entitled to receive either notice, each constituent corporation may fix, in advance, a record date that shall be not more than 10 days prior to the date the notice is given, provided, that if the notice is given on or after the effective date of the merger or consolidation, the record date shall be such effective date. If no record date is fixed and the notice is given prior to the effective date, the record date shall be the close of business on the day next preceding the day on which the notice is given. e) Within 120 days after the effective date of the merger or consolidation, the surviving or resulting corporation or any stockholder who has complied with subsections (a) and (d) hereof and who is otherwise entitled to appraisal rights, may commence an appraisal proceeding by filing a petition in the Court of Chancery demanding a determination of the value of the stock of all such stockholders. Notwithstanding the foregoing, at any time within 60 days after the effective date of the merger or consolidation, any stockholder who has not commenced an appraisal proceeding or joined that proceeding as a named party shall have the right to withdraw such stockholder's demand for appraisal and to accept the terms offered upon the merger or consolidation. Within 120 days after the effective date of the merger or consolidation, any stockholder who has complied with the requirements of subsections (a) and (d) hereof, upon written request, shall be entitled to receive from the corporation surviving the merger or resulting from the consolidation a statement setting forth the aggregate number of shares not voted in favor of the merger or consolidation and with respect to which demands for appraisal have been received and the aggregate number of holders of such shares. Such written statement shall be mailed to the stockholder within 10 days after such stockholder's written request for such a statement is received by the surviving or resulting corporation or within 10 days after expiration of the period for delivery of demands for appraisal under subsection (d) hereof, whichever is later. Notwithstanding subsection (a) of this section, a person who is the beneficial owner of shares of such stock held either in a voting trust or by a nominee on behalf of such person may, in such person's own name, file a petition or request from the corporation the statement described in this subsection. (f) Upon the filing of any such petition by a stockholder, service of a copy thereof shall be made upon the surviving or resulting corporation, which shall within 20 days after such service file in the office of the Register in Chancery in which the petition was filed a duly verified list containing the names and addresses of all stockholders who have demanded payment for their shares and with whom agreements as to the value of their shares have not been reached by the surviving or resulting corporation. If the petition shall be filed by the surviving or resulting corporation, the petition shall be accompanied by such a duly verified list. The Register in Chancery, if so ordered by the Court, shall give notice of the time and place fixed for the hearing of such petition by registered or certified mail to the surviving or resulting corporation and to the stockholders shown on the list at the addresses therein stated. Such notice shall also be given by 1 or more publications at least 1 week before the day of the hearing, in a newspaper of general circulation published in the City of Wilmington, Delaware or such publication as the Court deems advisable. The forms of the notices by mail and by publication shall be approved by the Court, and the costs thereof shall be borne by the surviving or resulting corporation. (g) At the hearing on such petition, the Court shall determine the stockholders who have complied with this section and who have become entitled to appraisal rights. The Court may require the stockholders who have demanded an appraisal for their shares and who hold stock represented by certificates to submit their certificates of stock to the Register in Chancery for notation thereon of the pendency of the appraisal proceedings; and if any stockholder fails to comply with such direction, the Court may dismiss the proceedings as to such stockholder. (h) After the Court determines the stockholders entitled to an appraisal, the appraisal proceeding shall be conducted in accordance with the rules of the Court of Chancery, including any rules specifically governing appraisal proceedings. Through such proceeding the Court shall determine the fair value of the shares exclusive of any element of value arising from the accomplishment or expectation of the merger or consolidation, together with interest, if any, to be paid upon the amount determined to be the fair value. In determining such fair value, the Court shall take into account all relevant factors. Unless the Court in its discretion determines otherwise for good cause shown, interest from the effective date of the merger through the date of payment of the judgment shall be compounded quarterly and shall accrue at 5% over the Federal Reserve discount rate (including any surcharge) as established from time to time during the period between the effective date of the merger and the date of payment of the judgment. Upon application by the surviving or resulting corporation or by any stockholder entitled to participate in the appraisal proceeding, the Court may, in its discretion, proceed to trial upon the appraisal prior to the final determination of the stockholders entitled to an appraisal. Any stockholder whose name appears on the list filed by the surviving or resulting corporation pursuant to subsection (f) of this section and who has submitted such stockholder's certificates of stock to the Register in Chancery, if such is required, may participate fully in all proceedings until it is finally determined that such stockholder is not entitled to appraisal rights under this section. (i) The Court shall direct the payment of the fair value of the shares, together with interest, if any, by the surviving or resulting corporation to the stockholders entitled thereto. Payment shall be so made to each such stockholder, in the case of holders of uncertificated stock forthwith, and the case of holders of shares represented by certificates upon

the surrender to the corporation of the certificates representing such stock. The Court's decree may be enforced as other decrees in the Court of Chancery may be enforced, whether such surviving or resulting corporation be a corporation of this State or of any state. (j) The costs of the proceeding may be determined by the Court and taxed upon the parties as the Court deems equitable in the circumstances. Upon application of a stockholder, the Court may order all or a portion of the expenses incurred by any stockholder in connection with the appraisal proceeding, including, without limitation, reasonable attorney's fees and the fees and expenses of experts, to be charged pro rata against the value of all the shares entitled to an appraisal. (k) From and after the effective date of the merger or consolidation, no stockholder who has demanded appraisal rights as provided in subsection (d) of this section shall be entitled to vote such stock for any purpose or to receive payment of dividends or other distributions on the stock (except dividends or other distributions payable to stockholders of record at a date which is prior to the effective date of the merger or consolidation); provided, however, that if no petition for an appraisal shall be filed within the time provided in subsection (e) of this section, or if such stockholder shall deliver to the surviving or resulting corporation a written withdrawal of such stockholder's demand for an appraisal and an acceptance of the merger or consolidation, either within 60 days after the effective date of the merger or consolidation as provided in subsection (e) of this section or thereafter with the written approval of the corporation, then the right of such stockholder to an appraisal shall cease. Notwithstanding the foregoing, no appraisal proceeding in the Court of Chancery shall be dismissed as to any stockholder without the approval of the Court, and such approval may be conditioned upon such terms as the Court deems just; provided, however that this provision shall not affect the right of any stockholder who has not commenced an appraisal proceeding or joined that proceeding as a named party to withdraw such stockholder's demand for appraisal and to accept the terms offered upon the merger or consolidation within 60 days after the effective date of the merger or consolidation, as set forth subsection (e) of this section."

¹³⁴¹ DÍAZ GRIDILLA, P., op. cit. (*Un supuesto de fusión transfronteriza; aproximación a la fusión entre sociedades de nacionalidad española y estadounidense*), p. 235.

¹³⁴² Punto en que la referencia al “creciente fértil” a Nueva Guinea y al este de los Estados Unidos, es indispensable. Señaladamente la primera de aquellas zonas, que “parece haber sido el escenario más antiguo de una cadena de avances, como las ciudades, la escritura, los imperios y lo que llamamos (para bien o para mal) civilización”, indica DIAMOND J., op. cit. (*Armas, Gérmenes y Acero*), p. 153, que precisa, en p. 3303, “la horda es la organización política, económica y social que heredamos de nuestros millones de años de historia evolutiva. Nuestro desarrollo más allá de ella ha tenido lugar en las últimas decenas de miles de año. La primera de las fases más acá de la horda recibe el nombre de tribu que se diferencia por ser más grande (...) y llegara poseer asentamientos fijos”, en pp. 312-319, trata del tema de las “jefaturas”, indicando que como las “jefaturas” eran “considerablemente más grandes que las tribus (...). Este tamaño generaba un serio potencial de conflictos internos (...). La solución de este problema consistía en parte en que una persona, el jefe, ejerciera el monopolio del derecho a usar la fuerza (...). En vez la anarquía descentralizada de la asamblea de aldea, el jefe ocupaba un cargo reconocido, tomaba las decisiones importantes y tenía el monopolio sobre información decisiva”, y en pp. 332-334, alude a la formación de Estados (el Estado zulú, la Confederación cheroqui, etc.), por fusiones libres o mediante conquista.

¹³⁴³ SOTELO, I., op.cit. (*El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo mediante y declive*), p.15.

¹³⁴⁴ SOTELO, I., op.cit. (*El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo mediante y declive*), pp. 18 y 22.

¹³⁴⁵ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., “*Historia del Derecho Español*”, Calamo, Producciones editoriales, S.L.U., Barcelona 201, p. 256, precisando, en pp. 256-257, que con el reinado los Reyes Católicos, “la Monarquía Católica española sea un “Estado” que englobaba a su vez diversos “Estados”. Aquí radica la peculiaridad del “Estado” que instauraron los Reyes católicos”; Sitúa en el reinado de los Reyes Católicos el monopolio en el ejercicio de la soberanía, característica de los Estados modernos, SUÁREZ, L. “*Los Reyes Católicos*”, Editorial Ariel S.A., Barcelona 2004, p. 251; FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M., “*ESPAÑA. Biografía de una nación*”, Espasa Libros, S.L.U, Madrid 2010, P. 157.

¹³⁴⁶ “En el reinado de los Reyes Católicos se asiste al triunfo de dos grandes principios: la tendencia a la estabilización del Derecho y la absorción de la facultad legislativa por el soberano”, indica VILLAPALOS SALAS, G., “*Justicia y Monarquía. Punto de vista sobre el reinado de los Reyes Católicos*”, discurso leído el día 16 de junio de 1997 en su recepción pública como Académico de Número por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 43, RAJL, Madrid 1997, p. 43.

¹³⁴⁷ SOTELO, I., op.cit. (*El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo mediante y declive*), p. 98, un estudio amplio sobre el concepto de nación en pp. 99-112.

¹³⁴⁸ La Sección 11.02 MBCA señala: a) *One or more domestic business corporations may merge with one or more domestic or foreign business corporations (...) pursuant to a plan of merger, or two or more foreign business corporations (...) may merge into a new domestic business corporation to be created in the merger in the manner provided in this chapter. (b) A foreign business corporation, or a foreign eligible entity, may be a party to a merger with a domestic business corporation, or may be created by the terms of the plan of merger, only if the merger is permitted by the foreign business corporation or eligible entity”.*

A su vez, el Comentario Oficial a la citada Sección 11.02 indica que “*In General. Section 11.02 authorizes mergers between one or more domestic corporations, or between one or more domestic corporations and one or more foreign corporations*”, y su posibilidad se rige por el siguiente criterio: “*Applicability. A merger of a domestic corporation with a foreign corporation (...) is authorized by chapter 11 only if the merger is permitted by the laws under which the foreign corporation or other entity is organized, and in effecting the merger the foreign business corporation or other entity complies with such laws. Whether and on what terms a foreign corporation or a foreign other entity is authorized to merge with a domestic corporation is a matter that is governed by the laws under which that corporation or other entity is organized or by which it is governed, not by chapter 11*”.

¹³⁴⁹ Las Secciones 251 y 252 de la Delaware GCL señalan que “§ 251: “*Merger or Consolidation of Domestic Corporations (a) Any 2 or more corporations existing under the laws of this State may merge into a single corporation, which may be any 1 of the constituent corporations or may consolidate into a new corporation formed by the consolidation, pursuant to an agreement of merger or consolidation, as the case may be, complying and approved in accordance with this section*”; § 252: “*Merger or Consolidation of Domestic and Foreign Corporations (...) (a) Any 1 or more corporations of this State may merge or consolidate with 1 or more other corporations of any other state or states of the United States, or of the District of Columbia if the laws of the other state or states, or of the District permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction. The constituent corporations may merge into a single corporation, which may be any 1 of the constituent corporations, or they may consolidate into a new corporation formed by the consolidation, which may be a corporation of the state of incorporation of any 1 of the constituent corporations, pursuant to an agreement of merger or consolidation, as the case may be, complying and approved in accordance with this section. In addition, any 1 or more corporations existing under the laws of this State may merge or consolidate with 1 or more corporations organized under the laws of any jurisdiction other than 1 of the United States if the laws under which the other corporation or corporations are organized permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction*.”

¹³⁵⁰ Según su artículo 3, aquella Directiva no se aplica a “la sociedad o sociedades que sean objeto de utilización de los instrumentos, competencias y mecanismos de resolución que establece el título IV de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo”, y además los Estados miembros puede decidir que no sea aplicable a las fusiones transfronterizas en las que participe una sociedad anónima “cuyo objeto sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público y cuyo funcionamiento esté sometido al principio de reparto de los riesgos cuyas participaciones, a petición del tenedor de las mismas, se readquieran o se rescaten, directa o indirectamente, con cargo a los activos de dicha sociedad. Se asimila a semejantes readquisiciones o reembolsos el hecho de que dicha sociedad de inversión colectiva actúe de manera que el valor de sus participaciones en bolsa no se aparte sensiblemente de su valor de inventario neto”.

¹³⁵¹ Salvo que resulte aplicable el artículo 21 del Reglamento (CE) n° 139/2004, en cuyo caso no se aplicará semejante previsión normativa.

¹³⁵² FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, “*El Reglamento de la sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: Consideraciones de política y técnica jurídicas*”, en *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid 2004, p. 20.

¹³⁵³ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “*Características generales de la Sociedad Europea. Fuentes de regulación, capital y denominación*”, en *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid 2004, p. 69.

¹³⁵⁴ El artículo I-10 de la no nata Constitución Europea, relativo a la “Ciudadanía de la Unión,” establecía que “toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro posee la ciudadanía de la Unión, que se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. La libertad de establecimiento, se regulaba en el artículo III-137, según el cual, quedaban “prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. (...). Los nacionales de un Estado miembro tendrán derecho, en el territorio de otro Estado miembro, a acceder a las actividades por cuenta propia y a ejercerlas, así como a constituir y gestionar empresas y, especialmente, sociedades, tal como se definen en el segundo párrafo del artículo III-142, en las condiciones definidas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales”. Según su artículo III-142 “las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de la aplicación de la presente Subsección (subsección 2, artículos III-137 a III-143), a las personas físicas nacionales de los Estados miembros”.

¹³⁵⁵ VELASCO SAN PEDRO, L. A., op. cit. (*Características generales de la Sociedad Europea. Fuentes de regulación, capital y denominación*), p. 76.

¹³⁵⁶ ALONSO UREBA, A. y GUERRA MARFTÍN, G., “La constitución de la sociedad europea como operación de concentración de empresas”, en *La sociedad Anónima Europea. Régimen societario, laboral y fiscal* (Esteban Velasco, G., Del Pozo, L., coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004, p. 872.

¹³⁵⁷ DUQUE DOMINGUEZ, F., “Procedimientos para constituir una SE”, en *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid 2004, p. 285.

¹³⁵⁸ Afirma SAGASTI AURREKOETXEA, J. J., “La constitución de la “*Societas Europaea-SE*”, RdS núm. 19. 2002-2, p. 135, que añade “entre el Reino Unido y Francia se cita tradicionalmente un caso único de fusión transfronteriza en el supuesto “*Barclays Bank SA*”, al amparo de la Segunda directiva del consejo de 15 de diciembre de 1989”.

¹³⁵⁹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE) (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*, RDS, núm. 18, 2002-1, p. 103.

¹³⁶⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE) (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*, p. 103, que precisa en p. 114: “Parecía lógico exigir que la sociedad europea tuviese una vocación internacional o al menos europea”, sobre sus antecedentes, pp. 106-112.; Esto es, “las sociedades nacionales de los diversos Estados de la Unión Europea podrán fusionarse y sin tender que constituir una SE”, precisa la misma autora en “*La sociedad Anónima Europea y el Estatuto de la Sociedad Cotizada*”, RdS núm. 24, año 2005-1, p. 57.

¹³⁶¹ DE PALACIO, A, op. cit. (*La ruta regional a la globalización del libre comercio*), ABC, de 7 de agosto de 2013, p. 3.

¹³⁶² Como se expone en los Considerandos 8 y 9 del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), aquel “Estatuto de la Sociedad Anónima Europea es uno de los actos que el Consejo debió adoptar antes de 1992, según figura en la lista del Libro Blanco de la Comisión sobre la conclusión del mercado interior, aprobado por el Consejo Europeo celebrado en Milán en junio de 1985; con ocasión de su reunión de Bruselas, en 1987, el Consejo Europeo manifestó su deseo de que se creara rápidamente dicho Estatuto. Desde que la Comisión presentó en 1970 una propuesta de Reglamento “sobre el Estatuto de las sociedades anónimas europeas”, modificada en 1975, los trabajos de aproximación de los Derechos nacionales de sociedades han progresado considerablemente, de manera que puede hacerse una remisión a la legislación sobre sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social para todo aquello que afecte a la SE en los ámbitos en los que su funcionamiento no exija la existencia de normas comunitarias

Uniformes”; Sobre el desarrollo de los trabajos conducentes a la aprobación del Reglamento (CE) nº 2157/2001. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, op. cit. (*El Reglamento de la sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: Consideraciones de política y técnica jurídicas*), pp. 20-24.

¹³⁶³ Afirma VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Capítulo Sexto. Sociedad Anónima Europea: Una aproximación al sistema de fuentes”, en *Estudios de Derecho mercantil europeo*, (Pérez Carrilo, E. F., coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 130, que “El Estatuto de la SE finalmente aprobado, frente a los modelos de centralización normativa que representaban sus antecedentes, el proyecto de convenio de 1966 (elaborado por el profesor SANDERS), y las propuestas de Reglamento de 1970, 1975, 1980 y 1991 que trataban de configurar una sociedad sometida básicamente al Derecho comunitario elaborado ad hoc para la figura, establece una vía media, de interacción entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales de los diferentes Estados miembros, ya que ciertos aspectos se regulan por el Reglamento y otros, se someten a lo que disponga en Derecho del Estado miembro donde la SE tenga su domicilio social. Esto es, cuando mayor esta la integración entre los Estados miembros de la UE, menor ha sido el contenido propiamente integrado que se le ha dado a la SE”.

¹³⁶⁴ “La figura está prevista para favorecer la creación de empresas multinacionales de carácter europeo, a partir de la concentración y/o colaboración entre empresas de diversos Estado miembros”, indican VELASCO SAMPEDRO, L. A., y SÁNCHEZ FELIPE, M., “*La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE: El estado de la cuestión después de la SE*”, RdS nú.-19, 2002-2, p. 34.

¹³⁶⁵ “La expresión vinculación efectiva y continua debe interpretarse con arreglo a los principios establecidos en el Programa general de 1962 para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento. Dicha vinculación existe en particular si una sociedad tiene un establecimiento en dicho Estado miembro y realiza operaciones desde el mismo”, se precisa en el Considerando 23 del Reglamento (CE) nº 2157/2001.

¹³⁶⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “*Capítulo Séptimo. El Estatuto jurídico de la Sociedad Anónima Europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)*”, en Estudios de Derecho mercantil europeo, (Pérez Carrilo, E.F., coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 153.

¹³⁶⁷ VELASCO SAN PEDRO, L. A., op. cit. (*Características generales de la Sociedad Europea. Fuentes de regulación, capital y denominación*), p. 68; DIÁZ RUÍZ, E., op. cit. (*La fusión de sociedades; en particular, las fusiones transfronterizas*), sobre los procedimientos de constitución de una Sociedad Anónima Europea, pp. 384.

¹³⁶⁸ Considerando 23 del Reglamento (CE) n° 2157/2001.

¹³⁶⁹ Considerando 13 del Reglamento (CE) n° 2157/2001; Precisa LARGO GIL, R., “*La sociedad Anónima Europea y el Estatuto de la Sociedad Cotizada*”, RdS, núm. 24, 2005-1, p. 54, que “es incuestionable que en los momentos actuales y a medio plazo la SE aparece como necesaria”.

¹³⁷⁰ DUQUE DOMINGUEZ, F., op. cit. (*Procedimientos para constituir una SE*), p. 285.

¹³⁷¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “*Capítulo Séptimo. El estatuto jurídico de la Sociedad Anónima Europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)*”, en Estudios de Derecho mercantil europeo, (Pérez Carrilo, E.F., coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 153.

¹³⁷² NAVARRO LERIDA, M^a. S., “*El proceso de constitución de una Sociedad Europea Holding*”, RdS, Monografía, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2008, p. 35, sobre la génesis evolución histórica de su normativa reguladora, pp. 21-33, sobre sus caracteres generales, pp. 33-41.

¹³⁷³ Artículo 20 TFUE: “1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla; 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el Territorio de los Estados miembros; b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos”.

¹³⁷⁴ STJUE de 8 de mayo de 2013, asunto C-87/12, Kreshnik Ymeraga y otros.

¹³⁷⁵ SSTJUE de 20 de septiembre de 2011, asunto C-184/99, Grzelczyk, y de 11 de julio de 2002, asunto C-224/98, D’Hoop.

¹³⁷⁶ STJUE de 21 de enero de 2013, asunto C-46/13, L.N.

¹³⁷⁷ STJUE de 16 de marzo de 2012, asunto C-364/10, Hungría contra República Eslovaca.

¹³⁷⁸ Según el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 2001, ciudadano es “natural o vecino de una ciudad; Perteneciente o relativo a la ciudad o a los ciudadanos; Habitante de las ciudades antiguas o de Estados modernos como sujeto de derechos políticos y que interviene, ejercitándolos, en el gobierno del país”

¹³⁷⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., “*La nacionalidad de la sociedad anónima*”, RdS, año1993, núm. 1, p. 45.

¹³⁸⁰ La Abogada General Sra. Christine Stix-Hackl en sus conclusiones 68, 72, 73 y 75, de las presentadas el 12 de julio de 2005, en el asunto C-436/03, Parlamento Europeo contra Comisión de las Comunidades Europeas, resuelto por STJUE de 2 de mayo de 2006 se refiere a las tesis contrapuestas sobre la nacionalidad o carácter supranacional de la Sociedad anónima Europea, en base al antiguo artículo 95 CE, destacando en las tesis negativas acerca de su carácter supranacional con cita de DASHWOOD. “*The Limits of European Community Powers*”, European Law Review, 1996, pp. 113 y ss., especialmente p. 120; MÜLLER-GRAFF, “*Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes*”, Europarecht, 1989, pp. 107 y ss., especialmente p. 129; TIETJE, en; Grabitz/Hilf, Kommentar, “*Art. 95 EGV*”, nota 52; HERRNFELD y SCHWARZE (Hrsg.), EU-Kommentar, “*Artikel 9 EGV*”; SCHWARZ, “*30 Jahre EG-Rechtsangleichung*”, en Eine Ordnungspolitik für Europa, Festschrift von der Gwoben, 1987, pp. 330 y ss., especialmente p. 365; Indicando respecto de las tesis favorables, que estacaban que la posibilidad de creación de nuevas figuras jurídicas, se apoyaba, entre

otros, en que aquel precepto permitía los reglamentos además de las directivas. Opinando que mientras que la creación de nuevas figuras jurídicas comunitarias, que coexistan con figuras jurídicas nacionales, no estaba cubierta por aquel artículo 95 CE, la situación consideraba que no era tan clara cuando se trata de figuras jurídicas cuya validez dependa de normas nacionales, así como de títulos jurídicos que estuviesen protegidos independientemente del Derecho nacional. Afirmando que, en especial, quedaba abierta la cuestión de por dónde transcurría la frontera entre figuras jurídicas auténticas o absolutamente nuevas y aquellas figuras nuevas para las que el Derecho nacional también es válido, precisando que había que examinar si el precitado artículo 95 CE era la base jurídica correcta siempre en función del acto concreto. Indicando respecto a la apreciación de la SCE que debía señalarse, en primer lugar, que su calificación, entendida como denominación calificativa, no era determinante. Por tanto, resultaba innecesario averiguar si la SCE era realmente una “sociedad nacional de carácter comunitario”, como pretendían la Comisión y el Parlamento. Destacando que la doctrina defendía más bien la tesis de que nos hallábamos ante una figura societaria de ámbito europeo, una figura jurídica europea, una persona jurídica del Derecho comunitario o una estructura mercantil supranacional, con cita de SCHULZE, R., “*Einführung: Die Verordnung über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE)*”, en: Schulze, R. (Hrsg.), *Europäische Genossenschaft*, 2004, pp. 1 y ss., especialmente p. 2; WAHLERS, “*Art. 100a EWGV- Unzulässige Rechtsgrundlagen für den geänderten Vorschlag einer Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft?*”, *Aktiegesellschaft*, 1990, pp. 448 y ss., especialmente p. 451; “La SE es una forma societaria comunitario-nacional”, indica LARGO GIL, R., op. cit. (*La sociedad Anónima Europea y el Estatuto de la Sociedad Cotizada*), p. 51.

¹³⁸¹ Afirma VELASCO SAN PEDRO, L. A., “*Capítulo 2. Características generales de la Sociedad Europea. Fuentes de regulación, capital y denominación*”, p. 69, mediante la creación de la Sociedad Anónima Europea (SE) o Sociedad Europea, se pretende hacer “abstracción de una adscripción nacionalista que, aunque sea sólo por razones psicológicas, dificulta desde su constitución -cuando los capitales son de diferentes nacionalidades- hasta su funcionamiento, en los diferentes mercaos nacionales”.

¹³⁸² QUIJANO GONZÁLEZ, J., op. cit. (*Capítulo Séptimo. El Estatuto jurídico de la Sociedad Anónima Europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)*), p. 155, donde precisa que “esa llamada “multinacionalidad europea” está ciertamente en la vocación fundacional progonaria de la SE”.

¹³⁸³ En otro sentido se pronuncian CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., “*Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea*”, *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, Bilbao, enero-junio 2007, p. 68, Nota 27).

¹³⁸⁴ Precisa VELASCO SAN PEDRO, L. A., op. cit. (*Capítulo 2. Características generales de la Sociedad Europea. Fuentes de regulación, capital y denominación*), pp. 69-70, que “en todo caso, debe advertirse que esta dimensión multinacional de la SE se requiere a un nivel bastante moderado, porque en ningún supuestos se supone la exigencia de que los accionistas de la SE que se constituye tengan que tener necesariamente diferente nacionalidad, y ni siquiera que ésta sea de un estado miembro. En este sentido hay que insistir en que el carácter multinacional europeo se impone, no a los accionistas finales de una SE, sino (...) a las sociedades (...) implicadas o afectadas por su constitución”. LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*), p. 122, alude a una “suerte de “desnacionalización” o mejor “europeización” que está en la base del estatuto de la SE, como un híbrido de sociedad nacional-supranacional”.

¹³⁸⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, J., op. cit. (*Capítulo Séptimo. El Estatuto jurídico de la Sociedad Anónima Europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)*), p. 158, precisa lo siguiente: “El viejo sueño comunitario de la sociedad anónima “viajando por Europa” sin que ello afectara su permanencia y reconocimiento como persona jurídica, sin que ello supusiera desaparecer y volver a fundarse o buscar formas alternativas de realizar actividad por medio de sucursales u otras que no implicaran cambio de domicilio, se empezaba a hacer realidad en una norma de aplicación directa”.

¹³⁸⁶ “La civilidad europea no puede ser entendida separa de las raíces culturales de la propia Europa”, afirma SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “*El sentido de la civilidad Europea*”, *AARAJL* núm. 34, 2004, p. 65.

¹³⁸⁷ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. Cit. (*Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la sociedad Anónima Europea*), p. 310.

¹³⁸⁸ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. Cit. (*Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la sociedad Anónima Europea*), p. 307.

¹³⁸⁹ Considerando 23: “Debe permitirse que una sociedad cuya administración central no se encuentre en la Comunidad participe en la constitución de una SE siempre que dicha sociedad esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en dicho Estado miembro y tenga

una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro; la expresión vinculación efectiva y continua debe interpretarse con arreglo a los principios establecidos en el Programa general de 1962 para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento. Dicha vinculación existe en particular si una sociedad tiene un establecimiento en dicho Estado miembro y realiza operaciones desde el mismo”.

¹³⁹⁰ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la sociedad Anónima Europea*), p. 301.

¹³⁹¹ El artículo 455. LSC, relativo al “régimen de la sociedad anónima europea”, establece que “la sociedad anónima europea (SE) que tenga su domicilio en España se registrará por lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por las disposiciones de este título y por la ley que regula la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas”.

¹³⁹² SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la sociedad Anónima Europea*), pp. 301 y 304.

¹³⁹³ VELASCO SAN PEDRO, L. A., op. cit. (*Capítulo 2. Características generales de la Sociedad Europea. Fuentes de regulación, capital y denominación*), pp. 68-69, afirma que la SE es una sociedad anónima, con dimensión multinacional europea y constituida en el territorio de la CE (UE) (...9 dotada de personalidad jurídica y con limitación de responsabilidad d sus accionistas, con estructura orgánica corporativa y con un sistema de implicación de los trabajadores en su gobierno”.

¹³⁹⁴ Considerando 13 del Reglamento 2157/2001.

¹³⁹⁵ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la sociedad Anónima Europea*), p. 306.

¹³⁹⁶ No hay concurrencia de transformación y fusión, ni una asunción por la fusión de funcionalidades propias de la transformación, ni una institución mixta. Concebida dogmáticamente la transformación como “un cambio de tipo de sociedad, con conservación de la existencia y la identidad”, como precisa GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 352, la “permanencia e identidad de la sociedad después de la transformación”, impide aquellos resultados, pues, como precisa, en p. 354, “ en la transformación “técnicamente no hay sucesión: continúan las relaciones jurídicas con el mismo titular colectivo”

¹³⁹⁷ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*Capítulo 4. La constitución mediante fusión de la sociedad Anónima Europea*), p. 308, añadiendo que “ni siquiera en el caso en que la fusión sea por constitución puede hablarse sin más precisión, de que se está ante la constitución de sociedad, ya que esta figura tiene una estructura dogmática propia y diferenciada de la que soporta la fusión por constitución, y no puede, por tanto, pretender una aplicación mimética y acrítica a la fusión por constitución ni del régimen, ni de los institutos jurídicos que se contemplan en el esquema paradigmático de constitución de una sociedad (...). Todo lo cual tiene una especial transcendencia a la hora de abordar su tratamiento antes de su inscripción y de cual sea el régimen de las consecuencias derivadas de su calificación”, añadiendo, en pp. 309-310, con ocasión de tratar del “juego de fuentes”, que “no hay intención expresa en el legislador de considerar a la constitución de una SE mediante fusión como un instrumento no aplicable a la absorción por una SE ya existente de otras SA o SE, a pesar de que en términos del RESE parezca pronunciarse en sentido restrictivo (...). El RESE lo que pretende es posibilitar un proceso de concentración a través de la técnica jurídica dde la fusión (...), siempre que ésta tenga como resultado una SE, pero no el hacer posible entender que quede fuera de su ámbito de aplicación una fusión por absorción en la que la sociedad absorbente sea ya una SE existente, en función de identificar la constitución de una SE por fusión con lo que sería constituir una SE en sentido estricto”.

¹³⁹⁸ Señala SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la sociedad Anónima Europea*), p. 310, que “lo que realmente existe es la creación de una SE, ya sea valiéndose del proceso de fusión por constitución por el que se da vida a una SE que antes no existía ni siquiera como sociedad con un tipo diferente ya sea por la vía de la absorción de una SA por parte de un SA que ya existía y que ahora adopta además la forma de ES simultáneamente a la fusión -salvo que ya fuera una SE- (art. 17.2). En cualquiera de los supuestos, a los socios, acreedores y trabajadores de las sociedades que se extinguen se les sitúa frente a un nuevo tipo, que ahora es la SE”.

¹³⁹⁹ Indica SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la sociedad Anónima Europea*), pp. 307-308.

¹⁴⁰⁰ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la sociedad Anónima Europea*), p. 308. No es óbice para la constitución de una Sociedad Anónima Europea la participación de otras Sociedades Anónimas Europeas, precisan CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 812.

¹⁴⁰¹ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la sociedad Anónima Europea*), p. 308

¹⁴⁰² VALDÉS DAL-RE, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, RdS núm. 29, 2007-2, p. 209.

¹⁴⁰³ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la sociedad Anónima Europea*), p. 309.

¹⁴⁰⁴ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas*), p. 51.

¹⁴⁰⁵ CALVO CARAVACA, A.-L., “La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho internacional privado en la sociedad global”, p.252, que precisa, en pp. 253 como para la determinación de qué sociedades no españolas se han seguido dos tesis, la tesis unilateral y la tesis bilateral.

¹⁴⁰⁶ CALVO CARAVACA, A.-L., “La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho internacional privado en la sociedad global”, p. 251.

¹⁴⁰⁷ PAZ-ARES, C., op. cit. (Lección 16. Las Sociedades Mercantiles), pp. 384.

¹⁴⁰⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*), p. 340.

¹⁴⁰⁹ ESPINIELLA, A, op. cit. (*Artículo 8. Nacionalidad*), p. 227, que precisa que de aquella previsión legal se deriva “en primer lugar, la obligación de que las sociedades que tengan su principal establecimiento o explotación en España fijen también aquí su domicilio social y se constituyan conforme a la ley española (art. 9.2). en caso de incumplimiento de esta previsión las sociedades estarían indebidamente constituidas y tendrían la consideración de sociedades irregulares. Serían por tanto sociedades españolas –dad su personificación- pero no de capital. En segundo lugar, existe la opción de fijar el domicilio social en territorio español y constituirse conforme a la ley española de aquellas sociedades que tengan su centro de dirección en territorio español, pero no su principal establecimiento (...). Por último, en tercer lugar, la ley prohíbe la constitución de una sociedad conforme a la ley española fijando su domicilio social en el extranjero (art. LSC y 28 CC). Tal posibilidad sólo podrá ser habilitada por algún convenio internacional (art. 20.1 RRM), lo que a día de hoy no ocurre. También está prohibido por la Ley que se constituyan sociedades conforme a la ley española cuando presenta todas sus conexiones reales –centro de administración y principal establecimiento- en el extranjero”.

¹⁴¹⁰ PAZ-ARES, C., op. cit. (*Lección 16. Las Sociedades Mercantiles*), pp. 391, que añade lo siguiente: “Sin embargo, esta solución no es admisible al chocar con los principios del derecho comunitario. En efecto, si la legislación especial optara por el modelo del domicilio o sede real, sus preceptos deberían considerarse materialmente derogados por las normas de Derecho comunitario (artículos 43 y 48 del Tratado de Ámsterdam, antes 52 y 58 TCEE). Así lo afirma el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencias “Centros”, “Inspire art” y “Uberseering”), según las cuales el artículo 58 del Tratado de las Comunidades Europeas exige el reconocimiento de los Estados miembros de las sociedades válidamente constituidas con arreglo al Derecho de cualquier otro Estado miembro, con independencia de su domicilio efectivo o sede real y sin que el interés general pueda justificar la denegación de tal reconocimiento (...). De acuerdo con ésta exigencia, los artículos 8 y 9 de la Ley de sociedades de Capital han de ser releídos en función del criterio de la constitución y reservados, si acaso, a aquellos supuestos excepcionales en los que la sociedad anónima (...) realizan todas sus actividades económicas en nuestro país y, por tanto, carezcan del rasgo de internacionalidad (pseudo-foreign companies). Se evita sí el fraude de ley que supondría someter a Derecho extranjero un contrato de sociedad sin que exista elemento alguno de internacionalidad en el mismo. Y no obstante, incluso en éste último caso, el Tribunal de Justicia de la Unión europea parece haberse inclinado en el caso “Inspire Art” de 2003 por aplicar incluso a esas falsas sociedades extranjeras la ley de constitución”; La jurisprudencia europea en la STJUE de 9 de marzo de 1999, asunto , C-212/97, Centros Ltd., que : a) “Están comprendidas dentro del Derecho comunitario las situaciones en las que una sociedad constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro, en el que tiene su domicilio social estatutario, desee establecer una sucursal en otro Estado miembro. En este contexto, carece de importancia que la sociedad sólo haya sido constituida en el primer Estado miembro con el objeto de establecerse en el segundo, donde se ejercería lo fundamental, incluso la totalidad, de sus actividades económicas; b) “Dichas sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro por medio de una agencia, sucursal o filial, sirviendo la localización de su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro (...). Por tanto, la práctica, en un Estado miembro, consistente en denegar en

ciertas circunstancias la inscripción de una sucursal de una sociedad que tiene su domicilio social en otro Estado miembro, lleva a impedir que las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de ese otro Estado miembro ejerzan el derecho de establecimiento”; c) “El hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir por sí solo un uso abusivo del Derecho de establecimiento. En efecto, el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado (...). La sociedad de que se trata en el procedimiento principal se presenta como sociedad inglesa y no como sociedad danesa, por lo que los acreedores están informados de que está sometida a una legislación distinta de la que regula la constitución de sociedades de responsabilidad limitada en Dinamarca y pueden invocar determinadas normas de Derecho comunitario que los protegen”; d) “El hecho de que un Estado miembro no pueda denegar la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro en el que tiene su domicilio social no excluye que aquel primer Estado pueda adoptar cualquier medida apropiada para prevenir o sancionar fraudes, ya sea con relación a la propia sociedad, en su caso en cooperación con el Estado miembro en el que esté constituida, ya sea con respecto a los socios con relación a los cuales se haya demostrado que en realidad lo que pretenden, mediante la constitución de una sociedad, es eludir sus obligaciones para con los acreedores privados o públicos establecidos en el territorio del Estado miembro afectado. En cualquier caso, la lucha contra el fraude no puede justificar una práctica consistente en denegar la inscripción de una sucursal de una sociedad que tenga su domicilio social en otro Estado miembro”; La STJUE de 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00, *Überseering BV*, que: a) Tras reiterar que “las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones (del Tratado relativas al derecho de establecimiento), a las personas físicas nacionales de los Estados miembro”, concluye que “de lo anterior se deduce directamente que dichas sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro, sirviendo la localización de su domicilio social estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro (...). Por tanto, no es necesario que los Estados miembros celebren un tratado relativo al reconocimiento recíproco de las sociedades para que las que reúnan los requisitos enunciados en el artículo 48 CE puedan ejercer la libertad de establecimiento”; b) “La posibilidad de una sociedad constituida conforme a la legislación de un Estado miembro de trasladar su domicilio social, estatutario o efectivo, a otro Estado miembro sin perder la personalidad jurídica de que disfruta en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de constitución, y, en su caso, las modalidades de dicho traslado, estaban determinadas por la legislación nacional conforme a la cual se había constituido dicha sociedad (...), la negativa de un Estado miembro a reconocer la capacidad jurídica de una sociedad constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro en el que tiene su domicilio social estatutario porque, en particular, la sociedad trasladó su domicilio social efectivo al territorio del primer Estado a raíz de la adquisición de todas las participaciones sociales por nacionales de dicho Estado miembro residentes en él, con la consecuencia de que la sociedad no puede, en el Estado miembro de acogida, acudir ante los tribunales para defender sus derechos derivados de un contrato, salvo si se constituye de nuevo con arreglo al Derecho de dicho Estado de acogida, supone una restricción a la libertad de establecimiento”; La STJUE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, *Inspire Art. Ltd*, estableció que: a) “A efectos de aplicación de las normas sobre libertad de establecimiento es irrelevante que la sociedad haya sido constituida en un Estado miembro con el único objeto de establecerse en un segundo Estado miembro, donde se ejercería lo fundamental, o incluso la totalidad, de sus actividades económicas (...), no constituye un abuso la circunstancia de que la sociedad se haya constituido en un Estado miembro con el único fin de disfrutar de una legislación más ventajosa, aun cuando la sociedad de que se trate ejerza lo fundamental de sus actividades, o incluso la totalidad, en el Estado de establecimiento”; b) “Dichas sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro por medio de una sucursal, sirviendo la localización de su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro”; c) “El hecho de que *Inspire Art* haya sido constituida en el Reino Unido con el fin de eludir la legislación neerlandesa en materia de Derecho de sociedades, que impone requisitos más estrictos en lo que atañe, en especial, al capital mínimo y al desembolso de las acciones, no excluye que la constitución de una sucursal por dicha sociedad en los Países Bajos se acoja a la libertad de establecimiento”; d) “*Inspire Art* se presenta en el tráfico económico como una sociedad inglesa, y no como una sociedad neerlandesa. Sus acreedores potenciales están suficientemente informados de que se le aplica una legislación diferente de la que regula la constitución de sociedades de responsabilidad limitada en los Países Bajos, y en particular en lo que atañe a las normas en materia de capital mínimo y de responsabilidad de los administradores. También

pueden ampararse, (...), en determinadas normas de Derecho comunitario que les protegen, como las Directivas Cuarta y Undécima”; e) “El hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra posteriormente sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado”; f) “Ni la protección de los acreedores, ni la lucha contra el ejercicio abusivo de la libertad de establecimiento, ni la defensa tanto de la lealtad en las transacciones comerciales como de la eficacia de los controles tributarios permiten justificar el obstáculo a la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado”; A estas tres sentencias se les conoce como “trilogía societaria/Centros-Überseering-Inspire Art”, y ha generado una gran cantidad de estudios y trabajos; VARGAS VASSEROT, C., “*El derecho societario comunitario y la jurisprudencia del TJUE en la interpretación de las Directivas societarias*”, pp. 307-314; VAQUERO LÓPEZ, C., “*Comentario a la STJCE de 5 de noviembre de 2002: Überseering, asunto C-208/00*”, RdS núm. 20, 2003-1, pp. 181 ss.

¹⁴¹¹ Ya el derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, establecía en sus artículos 5 y 6, lo siguiente: a) Artículo 5., titulado “Nacionalidad”, “1. Serán españolas y se registrarán por la presente Ley todas las Sociedades Anónimas que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido. 2. Deberán tener su domicilio en España las Sociedades Anónimas, cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de su territorio”; b) Artículo 6, titulado “Domicilio”, “1. La Sociedad fijará su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el Centro de su efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación. 2. En caso de discordancia entre el domicilio registral y el que corresponda conforme al apartado anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos”.

¹⁴¹² SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*), p. 395, que precisan que “el criterio del domicilio viene aconsejado porque implica una referencia a un dato aparentemente sencillo, en cuanto no requiere una investigación extraordinariamente complicada para su determinación”; SABIDO RODRÍGUEZ, M. op. cit. (*Límites a la autonomía de la voluntad y Derecho Internacional de Sociedades: Modificaciones estructurales de sociedades*), pp. 1027-1030; CALVO CARACACA, A. L., op. cit. (*La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho internacional privado en la sociedad global*), p. 254, indica que “la regla básica de DiPr. Español para determinar la ley aplicable a las sociedades es la siguiente (art.8 TRLSC): las sociedades se rigen por la ley del Estado con arreglo a cuyo derecho material se han constituido”, añadiendo de seguido determinadas precisiones.

¹⁴¹³ SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*), p. 395.

¹⁴¹⁴ CALVO CARAVACA, A.-L., “*La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho internacional privado en la sociedad global*”, p. 255, subraya esta circunstancia

¹⁴¹⁵ SÁNCHEZ CALERO F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*), p. 402.

¹⁴¹⁶ Afirma SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La nacionalidad de la sociedad anónima*), p. 58, que “según vimos al estudiar la pérdida de la nacionalidad de una sociedad anónima española, debían concurrir cuatro presupuestos y uno de ellos era precisamente que el convenio internacional suscrito por España no previera que, a pesar del cambio del domicilio de la sociedad al extranjero, la sociedad anónima conservase su nacionalidad española. De forma que, frente a la norma general (...) que hace depender la nacionalidad española de la sociedad anónima de que su domicilio esté situado en territorio nacional, surge la norma especial, contenida en un convenio internacional ratificado por España y publicado por el “Boletín Oficial del Estado”, que consiente que existan sociedades anónimas españolas con domicilio en el extranjero. Pero el traslado del domicilio social al extranjero se considera como una modificación estatutaria importante (...). Los convenios internacionales más importantes, de carácter multilateral, relativos al reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras tienden, aún con diversas limitaciones, a favorecer la posibilidad del traslado del domicilio sin cambio de nacionalidad”.

¹⁴¹⁷ ESPINIELLA, A, op. cit. (*Artículo 8. Nacionalidad*), pp. 231-232; TAPIA, A., “*La sociedad anónima falta de inscripción registral*”, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1996, pp. 23-60.

¹⁴¹⁸ En la Model Business Corporation Act, El párrafo 2.01, titulado “Incorporators”, establece: “One or more persons may act as the incorporator or incorporators of a corporation by delivering articles of incorporation to the secretary of state for filing.” El párrafo 2.03(a), titulado “Incorporation”, indica: Unless a delayed effective date is specified, the corporate existence begins when the articles of incorporation are filed”, y el párrafo 2.04, titulado “Liability for Preincorporation Transactions”, determina: “All persons

purporting to act as or on behalf of a corporation, knowing there was no incorporation under this Act, are jointly and severally liable for all liabilities created while so acting”. El primer apartado del Official Comment a éste último párrafo señala lo siguiente: Earlier versions of the Model Act, and the statutes of many states, have long provided that corporate existence begins only with the acceptance of articles of incorporation by the secretary of state. Many states also have statutes that provide expressly that those who prematurely act as or on behalf of a corporation are personally liable on all transactions entered into or liabilities incurred before incorporation. A review of recent case law indicates, however, that even in states with such statutes courts have continued to rely on common law concepts of de facto corporations, de jure corporations, and corporations by estoppel that provide uncertain protection against liability for preincorporation transactions. These cases caused a review of the underlying policies represented in earlier versions of the Model Act and the adoption of a slightly more flexible or relaxed standard”.

9. LA DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE.

Tratar sobre la *lex societatis*, obliga a efectuar un recordatorio a la nacionalidad y extranjería de las sociedades anónimas participantes en una fusión transfronteriza. Éstas por una parte definen uno de los elementos esenciales o notas definitorias del carácter “transfronterizo” de la fusión y por otra determinan, a la postre, la ley aplicable, mediando la fijación del domicilio de la sociedad¹⁴¹⁹, al ser la nacionalidad el punto o criterio de conexión¹⁴²⁰.

La nacionalidad de las personas jurídicas en general, y de las sociedades anónimas en particular, no es comparable a la nacionalidad de las personas físicas, porque no son entidades comparables, las sociedades no existen en el mundo físico. Como se ha dicho son “criaturas del Derecho”¹⁴²¹. Por ello su transcendencia y relevancia se manifiesta en cuanto determina la ley aplicable (*lex societatis*) al contrato de sociedad, tanto en su dimensión obligatoria como organizativa¹⁴²². Circunstancia que, a la postre, establece una íntima conexión ente ambos aspectos. De tal manera que aludir a que una sociedad anónima es española, es tanto como decir que esa sociedad anónima se rige por el derecho español de sociedades anónimas¹⁴²³.

9.1. Los criterios determinantes de la ley aplicable.

Los dos criterios principales de determinación de la legislación aplicable, el de la sede estatutaria, real o efectiva y el del lugar de constitución, se encuentran en “tensión dialéctica”¹⁴²⁴, y tiene un característico reflejo en el modelo español, según se trate de sociedades de capital o de otro tipo de personas jurídicas. La actuación en el contexto internacional, que se caracteriza por el “fraccionamiento jurídico”, obliga a “identificar una ley estatal concreta como la ley rectora de cada sociedad. La ley estatal bajo cuyo amparo “nace” la sociedad, actúa y se extingue, i.e. su “*lex societatis*”¹⁴²⁵.

9.1.1. Las dificultades técnicas relevantes.

El artículo 27 de la LME¹⁴²⁶, dispone que “1. *La fusión de dos o más sociedades mercantiles inscritas sometidas a la ley española se regirá por lo establecido en esta Ley; 2. La fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se regirá por lo establecido en las respectivas leyes personales, sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo II sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, en su caso, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas*”.

Según el Derecho proyectado, i.ee, la PCM: a) “1. La ley personal (...) regirá el tipo social. 2. Esta misma ley regirá la irregularidad y la nulidad de la sociedad” (artículo 212-9. PCM, “Aplicación de la ley personal”); b) “1. Son aplicables a las fusiones transfronterizas las respectivas leyes nacionales. 2. Son aplicables a las fusiones transfronterizas

intracomunitarias las disposiciones de esta Sección y supletoriamente las disposiciones que rigen la fusión en general” (artículo 263-38 PCM, “Régimen jurídico aplicable”).

Esa regulación de nuestro ordenamiento jurídico deja sin resolver la dificultad técnica que plantean las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas relativa a la “*delimitación del ámbito de aplicación la normativa de cada uno de los Derechos rectores de las sociedades que participan en la operación*”¹⁴²⁷. La resolución de esta cuestión en el proceso de fusión supone la adopción de determinadas decisiones que pueden ser tanto conjuntas como relativas a cada sociedad y que tienen un determinado propósito o contenido, no necesariamente idéntico y que no obstante que compartan similares razón/justificación dada la coincidencia de los intereses a tutelar, pueden ser diferentes las técnicas a utilizar para ello.

La generosa remisión a los ordenamientos nacionales correspondientes a cada una de las sociedades intervinientes en el proceso de fusión, tiene esa inevitable consecuencia. De tal manera que “*en estas condiciones se hace difícil determinar el ámbito de aplicación de cada uno de los Derechos implicados*”¹⁴²⁸, lo que resultará especialmente relevante cuando estén directa o indirectamente implicados intereses extranjeros.

9.1.2. La diversidad de sistemas.

En una perspectiva general cabe destacar que el Derecho Internacional de sociedades anónimas se caracteriza por su diversidad jurídica “material” y por su diversidad jurídica “conflictual”¹⁴²⁹ en cuanto a la determinación de la *lex societatis*. Así, vemos que existe una diversidad de teorías que pueden agruparse en torno a las siguientes:

- (i) Teoría de la constitución, “incorporation theorie” o “gründungstheorie”. Entre los criterios de conexión más importantes utilizados¹⁴³⁰ está el de la “incorporation theorie” o “gründungstheorie” (seguida en EE.UU., Reino Unido, Irlanda, Países Bajos, Suiza y Hungría), según la cual cada sociedad anónima se rige por la ley del Estado con arreglo a cuya legislación se ha constituido (“une société anonyme est régie par la loi en vertu de laquelle elle a été constituée”¹⁴³¹)¹⁴³², sin que importe el lugar de la sede fijada en los estatutos de la sociedad, ni su sede efectiva o real, ni el lugar en donde radique su explotación principal, pudiendo los socios elegir la ley aplicable a la sociedad, en la medida en que la constituyan con arreglo al “mejor Derecho”. Los socios pueden estimar conveniente elegir un Derecho estatal que sea exigente en materia societaria, de modo que dicha elección cumple con una función de marca¹⁴³³.

Se destacan como ventajas de este criterio el que, por una parte, beneficia a los socios, que pueden escoger el “derecho mejor” para organizar su sociedad, que no siempre optaran por el “derecho menos exigente”, pues

pueden estimar más conveniente elegir un Derecho estatal que sea “exigente” en materia societaria, que operará además una “función de marca”. Por el contrario, se destaca que la utilización de dicho criterio puede alimentar la desconfianza con que pueden considerarse a las sociedades creadas en países *Off-Shore*, acosadas de “riesgo reputacional” muy elevado. Por otra parte puede beneficiar a los terceros al incrementar la seguridad jurídica, en cuanto que la ley elegida permanece en el tiempo, lo que facilita la posibilidad de determinar inequívocamente cuál es la *lex societatis*, además de favorecer la actividad internacional de la sociedad, al poder desplegarla en varios países. En los que será considerada como una sociedad más sin necesidad de “reconstituirse” con arreglo al Derecho nacional respectivo, pudiendo cambiar su sede sin necesidad de cambiar la ley estatal por la que se rige¹⁴³⁴.

No obstante es corriente la opinión de que ordinariamente los socios elegirán el ordenamiento jurídico menos exigente, lo que constituye una posición muy favorable al “síndrome Delaware”¹⁴³⁵ (la sociedad se constituye con arreglo a legislaciones societarias permisivas y flexibles de países con los que no tiene ninguna vinculación sustantiva), actuando, tras su constitución, en otros países. Bien que la “Deslawarización” del sistema europeo sea recogida claramente por la jurisprudencia del TJUE desde su sentencia de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, Centros¹⁴³⁶.

Semejante crítica a la tesis antes indicada no debe confundirse con la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según la cual no constituye un uso abusivo del derecho de establecimiento la circunstancia de que una sociedad se constituya en un Estado miembro con el único fin de disfrutar de una legislación más ventajosa, aun cuando esa sociedad ejerza lo fundamental de sus actividades, o incluso la totalidad, en otro Estado miembro, porque las sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro sirviendo la localización de su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro.

Incluso el hecho de que una sociedad se constituya en un determinado Estado miembro con el fin de eludir la legislación de otro Estado miembro que, en materia de Derecho de sociedades, impone requisitos más estrictos no excluye que la constitución de una sociedad se acoja al derecho de establecimiento. Efectivamente, acogerse para la constitución de una sociedad a la legislación de otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan menos rigurosas y abra, en su caso, posteriormente sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, del derecho de establecimiento¹⁴³⁷.

- (ii) Tesis de la sede estatutaria. También se utiliza para la determinación de la legislación aplicable, el criterio de la tesis de la “sede estatutaria”¹⁴³⁸ (que sigue Portugal), según el cual la sociedad ha de regirse por la ley del país en cuyo territorio los socios fijan, libremente, el domicilio de la sociedad. Según este criterio los socios pueden elegir la ley aplicable a la sociedad, en cuanto que les basta con fija el domicilio en un determinado Estado, y su ley será la aplicable a la sociedad.
- (iii) Teoría de la sede de la dirección o “Sitztheorie”. Otro de los criterios utilizados, se deriva de la teoría de la sede de la dirección (sitztheorie), según el cual la sociedad va a regirse por la ley del Estado donde tenga su dirección o la sede de su administración (seguido en Rumanía, Bélgica, Austria y Alemania). Este criterio presenta la problemática de que las grandes corporaciones multinacionales suelen ser dirigidas desde distintos países, lo que lleva a una acumulación de leyes aplicables, al propio tiempo que produce una indeterminación del lugar de dirección de la sociedad, al que se añade la problemática del “conflicto móvil”, al cambiar frecuentemente la(s) sede(s) de la dirección, y cuando esto sucede es necesario volver a “constituir la sociedad” conforme a un nuevo derecho estatal, lo que a la postre se manifiesta costoso y desajustado a una sistema económico y financieramente globalizado, ya bastante inmune las deslocalizaciones.
- (iv) Otras teorías. No menos importantes que los anteriores criterios, son los que se derivan de la teoría del centro de explotación¹⁴³⁹, de la teoría del lugar de constitución¹⁴⁴⁰ y de la teoría del control económico¹⁴⁴¹. Según la primera de aquellas teorías la sociedad se rige por la ley del país donde realiza sus actividades principales con relevancia económica, para los ordenamientos jurídicos que siguen este criterio (modelo de sede real, teoría de la sede de dirección o Sitztheorie) la *lex societatis* no se determina por el domicilio social sino por el domicilio entendido como sede real¹⁴⁴² o sede empresarial, con la consecuencia de que si se da discordancia entre la sede real, donde fija su domicilio, y la ley del Estado bajo la cual se ha constituido la sociedad anónima, esta será considerada sociedad irregular¹⁴⁴³.

Según la teoría del “lugar de constitución”, la sociedad se rige por la ley del Estado del lugar en que se ha constituido, y según de la tercera de aquella teorías la sociedad se regirá por la ley del Estado cuya nacionalidad ostenten los socios o por la ley del Estado de procedencia del capital social.

La mayor parte de los sistemas de derecho internacional privado se decantan por soluciones mixtas¹⁴⁴⁴, habida cuenta que en el mercado global, se produce una clara contraposición entre la actuación y proyección internacional de las sociedades mercantiles,

señaladamente las sociedades anónimas y más específicamente si son cotizadas, y la falta de un régimen común internacional¹⁴⁴⁵.

9.2. La determinación de la ley aplicable según la Directiva 2005/56 y en el Reglamento 2157/2001.

Tanto la Directiva de Fusiones Transfronterizas, como el Reglamento 2157/2001, se ocupan de la determinación de la ley aplicable, sin instaurar un sistema propio, optando por imponer soluciones ajustadas los métodos generalmente utilizados. Estas soluciones mantienen una íntima relación con la libertad o derecho de establecimiento y más específicamente con la doctrina resultante de “trilogía societaria/Centros-Überseering-Inspire Art”¹⁴⁴⁶, que presume la aplicabilidad de la “regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas” (Anerkennungsprinzip)¹⁴⁴⁷, preludio a la elaboración de “normas de conflicto uniformes” en toda la Unión Europea, que operarían de manera unívoca en todos los Estados miembros determinando la ley aplicable a una sociedad creada en cualquier Estado miembro, sin que el “cruce de frontera” implicase cambio de la ley aplicable. Este derecho conflictual uniforme¹⁴⁴⁸ ya está presente en la Unión Europea.

Efectivamente, según el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que se aplica “a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes” (artículo 1.1.), no obstante se excluyen de su ámbito de aplicación (artículo 1.2.f) las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas.

Otro tanto ocurre con el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), el cual “*se aplicará a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que comportan un conflicto de leyes*” (artículo 1.1), excluyéndose de su aplicabilidad (artículo 1.2.d) a “*las obligaciones extracontractuales que se deriven del Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, de la responsabilidad personal de los socios y de los administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas y de la responsabilidad personal de los auditores frente a una sociedad o sus socios en el control legal de los documentos contables*”.

Lo anterior no impide afirmar que en la UE se está llevando a cabo un proceso de unificación y armonización jurídica del derecho de sociedades, que afecta el régimen de sociedades mercantiles y al Derecho del Mercado de Valores, así como a otros ámbitos

normativos de influencia decisiva en los indicados (p. e. j. el derecho tributario o fiscal). No siendo menor la pretensión unificadora y armonizadora de la actividad transnacional intracomunitaria de la actividad societaria en la Unión Europea¹⁴⁴⁹.

9.2.1. La concreción de la ley aplicable en la Directiva 2005/56.

La Directiva de Fusiones Transfronterizas propone una solución novedosa que, sin abandonar completamente la aplicación de las legislaciones nacionales, establece una regulación internacional autónoma.

En la adaptación del Derecho interno o nacional español al contenido de dicha Directiva mediante la LME se mejora la determinación de la legislación aplicable a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, al contemplarse no solamente las fusiones intracomunitarias sino también las extracomunitarias¹⁴⁵⁰. La circunstancia de que las fusiones transfronterizas extracomunitarias no se regulen concretamente, en sus particularidades en la LME, no supone que tales fusiones se encuentren en idéntica situación en que se encontraban antes de la aprobación, publicación y entrada en vigor de dicha norma. Anteriormente era necesario adaptar la limitada normativa existente sobre el particular acerca de las sociedades anónimas a las fusiones internacionales.

Con aquella Ley no sólo se produce una remisión a las leyes personales de las sociedades anónimas participante en la fusión, sino que se puede recurrir mediante el pertinente argumento analógico o aplicación extensiva del régimen establecido para la fusiones transfronterizas intracomunitarias¹⁴⁵¹, habida cuenta de la dicción del artículo 27.2 de la LME, según el cual la fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se regirá por lo establecido en las respectivas leyes personales, sin perjuicio de lo establecido sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, en su caso, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas.

La Directiva de Fusiones Transfronterizas no altera sustancialmente aquel planeamiento pero lo matiza, al establecer que, en la medida en que la propia Directiva no disponga lo contrario, cada sociedad que participe en la fusión transfronteriza, así como cada tercero interesado, seguirán estando “*sometidos a las disposiciones y los trámites de la legislación nacional que serían aplicables en caso de una fusión nacional*”. Legislación que se aplicará también a la nueva sociedad resultante de la fusión, en su caso (considerando 7 y artículos 4.1b, 11.1 y 12 de la Directiva 2005/56 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital).

Más concretamente, la Directiva de Fusiones Transfronterizas, establece que las sociedades que participen en una fusión transfronteriza deberán cumplir con las disposiciones y trámites de la legislación nacional a la que esté sujeta, i.e. su *lex societatis*. En particular en lo relativo al proceso de toma de decisiones sobre la fusión y, teniendo en cuenta el carácter transfronterizo de la fusión, a la protección de los acreedores de las

sociedades que se fusionen, de los obligacionistas y tenedores de títulos o acciones, así como de los trabajadores (artículo 3.1.b y 2). Específicamente previene la LME que son aplicables a las fusiones transfronterizas intracomunitarias las disposiciones que la propia norma establece sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, supletoriamente, las disposiciones que rigen la fusión en general (artículo 55). “*La regla general es que en la modificación estructural internacional se aplicará a cada sociedad participante y en la parte correspondiente del procedimiento la respectiva lex societatis. Así cuando, cuando participen sociedades españolas, la parte del procedimiento internacional que les afecte se registrará por la ley española*”¹⁴⁵².

9.2.2. La precisión de la ley aplicable en el Reglamento 2157/2001.

El mismo criterio se mantiene en el Reglamento SAE, cuyo artículo 18 previene que para las materias no reguladas en la aquella Sección o, cuando una materia lo esté parcialmente, para los aspectos no cubiertos por ella, toda sociedad que participe en la constitución de una SE por medio de fusión estará sometida a las disposiciones del ordenamiento jurídico del Estado miembro de que dependa y que sean aplicables a las fusiones de sociedades anónimas de conformidad con la Directiva 2011/35. Asimismo dicha norma establece, además que “*se considerará la SE es una sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social*” (artículo 3.1).

Aquella legislación “*ha huido del establecimiento de un régimen con pretensión de totalidad y de homogeneidad en su aplicación para todas las sociedades que se fusionan, frente lo que fue la tendencia seguida en anteriores anteproyectos*”¹⁴⁵³, de tal manera que “*las sociedades participantes actúan en paralelo, pero de forma independiente, en la adopción de sus respectivos acuerdos hasta el final del procedimiento, y cada una de ellas se rige, salvo en lo regulado en el texto comunitario, por a su propia legislación*”.

De esta forma habrá que diferenciar entre la Sociedad Anónima Europea constituida y las sociedades participantes en el proceso de fusión constitutivo de la misma.

La Sociedad Anónima Europea resultante del proceso de fusión “*es una sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social*” (artículo 3.1 del Reglamento 2157/2001). De tal manera que “*toda*” Sociedad Anónima Europea “*deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social en el registro que señale la legislación de ese Estado miembro*” (artículo 12), y será a partir de ese momento cuando “*la fusión y la constitución simultánea de la Sociedad Europea surtirán efecto*” (artículo 27.1), el día en que quede registrada. En la concreción de la legislación aplicable el Reglamento 2157/2001 establece que las Sociedades Anónimas Europeas se registrarán por lo dispuesto en el Reglamento 2157/2001, y por sus disposiciones estatutarias cuando aquel Reglamento lo autorice expresamente¹⁴⁵⁴.

Respecto de las materias no reguladas por aquel Reglamento, o si se trata de materias reguladas sólo en parte, la regulación vendrá dada: (i) por las disposiciones legales

que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las Sociedades Anónimas Europeas; (ii) por las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la Sociedad Anónima Europea tenga su domicilio social; y (iii) por las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la Sociedad Anónima Europea tenga su domicilio social.

Respecto de las sociedades intervinientes en el proceso de constitución de la Sociedad Anónima Europea mediante fusión, el resultado es que, con carácter general: (i) para las materias no reguladas en el Reglamento 2157/2001, en cuanto a la constitución de la sociedad anónima europea mediante fusión, o cuando una materia lo esté parcialmente, para los aspectos no cubiertos por aquella regulación, *“toda sociedad que participe en la constitución de una SE por medio de fusión estará sometida a las disposiciones del ordenamiento jurídico del Estado miembro de que dependa que sean aplicables a las fusiones de sociedades anónimas”* (artículo 18); (ii) en la legislación de los Estados miembros se podrá establecer que una sociedad sujeta al ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate no podrá participar en el procedimiento de constitución por medio de fusión en caso de que una autoridad competente de dicho Estado miembro se oponga a ello. Pero sólo podrá producirse esta oposición por razones de interés público (artículo 19).

En cuanto a los aspectos procedimentales de la fusión: (i) para el procedimiento intracomunitario, en sí mismo considerado habrá que diferenciar entre: (a) para la parte del procedimiento correspondiente a cada sociedad que se fusione, el control de la legalidad de la fusión, éste se efectuará con arreglo a la legislación sobre fusión de sociedades anónimas aplicable en el Estado miembro de su domicilio (artículo 25.1); (b) para la parte del procedimiento correspondiente a la realización de la fusión y la constitución de la Sociedad Anónima Europea, el control de la legalidad de la fusión deberá ser efectuado por un tribunal, un notario u otra autoridad del Estado miembro del futuro domicilio de aquella sociedad, competente en materia de control de este aspecto de la legalidad de la fusión de sociedades anónimas (artículo 26.1); (ii) en cada Estado miembro implicado, un tribunal, un notario u otra autoridad competente expedirá un certificado que acredite de manera concluyente el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión (artículo 25.2); c) Se hará pública la realización de la fusión según los procedimientos que prevea la legislación de cada Estado miembro respecto de cada una de las sociedades que se fusionen (artículo 28).

En todo caso, las disposiciones legales que adopten los Estados miembros específicamente para las Sociedades Anónimas Europeas deberán ser conformes con las Directivas aplicables a las sociedades anónimas. Todo ello sin perjuicio de que si el carácter de la actividad que desarrolle una Sociedad Anónima Europea, estuviere regulado por disposiciones específicas de leyes nacionales, dichas leyes le serán plenamente aplicables (artículo 9). Semejante determinación ha de completarse con la advertencia de que el “régimen de la sede real” establecido en aquel Reglamento, *“se entenderá sin perjuicio de lo*

*dispuesto en las legislaciones de los Estados miembros y no prejuzga las opciones que puedan adoptarse para otras normas comunitarias en materia de derecho de sociedades*¹⁴⁵⁵ y la imposición del principio de igualdad de trato, de tal manera que la Sociedad Anónima Europea “*recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que tenga su domicilio social*” (artículo 10).

En relación con la protección de los trabajadores, los terceros y los socios minoritarios: (i) la implicación de los trabajadores en la SE se decidirá con arreglo a la Directiva 2001/86/CE (artículo 23.2); (ii) el ordenamiento jurídico del Estado miembro donde esté registrada cada una de las sociedades que se fusionen se aplicará, como en los casos de fusión transfronteriza de sociedades anónimas en lo que se refiere a la protección de los intereses de los acreedores, obligacionistas y tenedores de títulos distintos de las acciones a los que correspondan derechos especiales, (artículo 24.1); (iii) los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las sociedades participantes en una fusión constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión (artículo 24.2);

9.3 La determinación de la ley aplicable según la Model Business Corporation Act y la Delaware General Corporation Law.

La MBCA, indica en su Sección 2.01 “Incorporators” que “*una o más personas pueden actuar como partes constituyentes de una corporación mediante la entrega de los estatutos sociales al secretario de estado para su registro*”¹⁴⁵⁶. Así la “*constitución conforme a estatutos modernos es tan simple y económico que puede construirse un fuerte argumento de que nada como el registro de unos estatutos sociales deben crear el privilegio de la responsabilidad limitada*”¹⁴⁵⁷.

En cuanto a la determinación de la ley aplicable en materia de fusiones, la MBCA aplica el criterio o punto de conexión del lugar de constitución respecto de las sociedades norteamericanas.

La Sección 11.02 que “*(a) una o más corporaciones mercantiles nacionales pueden fusionarse con una o más corporaciones mercantiles nacionales o extranjeras (...) conforme a un Proyecto de Fusión o dos o más corporaciones mercantiles nacionales o extranjeras pueden fusionarse en una nueva corporación mercantil nacional creada como resultado de la fusión en la manera recogida en este capítulo; (b) una corporación mercantil extranjera (...) puede ser parte de una fusión con una corporación mercantil nacional o puede ser creada por los términos del Proyecto de Fusión, sólo si la fusión está permitida para la corporación mercantil extranjera*”¹⁴⁵⁸.

Efectivamente, “*una fusión de corporación nacional con una corporación extranjera (...) está autorizada por el capítulo 11 sólo si la fusión está permitida por las leyes conforme a las que la corporación extranjera (...) está organizada y en la realización de la fusión la corporación mercantil extranjera (...) cumple con dichas normas. Si y en qué términos una corporación extranjera está autorizada a fusionarse*

*con una corporación nacional es una materia que está sometida a las leyes bajo las que tal corporación (...) está organizada por las que está regulada y no por el Capítulo 11*¹⁴⁵⁹. Lo que no impide los efectos indirectos o reflejos, pues “no obstante, ciertas previsiones del Capítulo 11 tienen un efecto indirecto sobre una corporación extranjera que se propone fusionarse o que se fusiona con una corporación nacional, porque fijan condiciones relativas a la efectividad y efectos de la fusión”¹⁴⁶⁰, “en algunos casos, el impacto del Capítulo 11 sobre una corporación extranjera (...) es más directa. Por ejemplo, la sección 11.07.(d) indica que al devenir una fusión eficaz, una corporación extranjera (...) que sea la superviviente de una fusión se considerará que designará la secretario de estado como su agente a efectos de notificaciones en un procedimiento para ejecutar los derechos de los accionistas de cada corporación nacional que sea parte de la fusión para ejercitar los derechos a obtener una valoración y acordar que con inmediatez pagará a tales accionistas la cantidad, en su caso, a la que ellos tienen derecho conforme al capítulo 13”¹⁴⁶¹.

La Delaware GCL, establece el principio de la libre constitución de sociedades anónimas, indicando en su Sección 101 *“cualquier persona, asociación o corporación, sola o conjuntamente con otras y sin consideración a la residencia, domicilio o estado de constitución de dichas personas o entidades, puede constituir u organizar una corporación conforme a este capítulo mediante el depósito en la División de Corporaciones en el Departamento de Estado de un certificado de constitución que será ejecutado, reconocido y registrado de conformidad con la Sección 103 de este Título. (b) una corporación puede ser constituida u organizada conforme a este capítulo para dirigir o promocionar cualquier negocio u objetivo legal, excepto si fuera previsto de otra forma por la Constitución u otra ley de este Estado. (c) Las corporaciones para la construcción, mantenimiento y operación de servicios públicos, ya sea dentro o fuera de este Estado, pueden ser organizadas conforme a este Capítulo, pero las corporaciones para la construcción, mantenimiento y operación de servicios públicos en este Estado estarán sujetas, adicionalmente a este capítulo, a las previsiones o requerimientos especiales del Título 26 aplicables a tales corporaciones* cc1462

La determinación de la *lex societatis* se efectúa mediante el criterio de la constitución pero con importante matices. Así, según la Sección 252 de aquella Ley: *“el acuerdo será adoptado, aprobado, certificado, ejecutado y reconocido por cada una de las entidades intervinientes de conformidad con las leyes bajo las que se ha constituido y, en caso de una corporación de Delaware, de la misma manera que regula la Sección 251 de este título. El acuerdo será depositado y devendrá eficaz a todos los efectos de las normas de este Estado cuando y según está recogido en la Sección 251 de este título con respecto a la fusión o consolidación de corporaciones de este Estado. En lugar de depositar el acuerdo de fusión o consolidación, la corporación superviviente o resultante de la fusión o consolidación puede depositar un certificado de fusión o consolidación, suscrito de conformidad con la Sección 103 of this Title; (d) Si la corporación superviviente o resultante de la fusión o consolidación va a estar regulado por las leyes del Distrito de Columbia o cualquier otro Estado o jurisdicción, ésta acordará que podrá ser notificada en este Estado en cualquier procedimiento para la ejecución de cualquier obligación de cualquier corporación interviniente de este Estado, así como para la ejecución de cualquier obligación de la corporación superviviente o resultante derivada de la fusión o consolidación, incluyendo cualquier demanda u otro procedimiento para ejecutar el derecho de cualquier accionista que fuera determinado en un*

procedimiento de valoración de conformidad con la Sección 262 de este título y designará irrevocablemente al Secretario de Estado como su agente a efectos de notificaciones en cualquiera de tales demandas u otros procedimientos y especificará la dirección a la que copia de tal proceso debe notificarse por el Secretario de Estado. En el supuesto de tal notificación por el Secretario de Estado de conformidad con esta subsección, el Secretario de Estado notificará de inmediato a tal corporación superviviente o resultante del mismo por carta, carta certificada con acuse de recibo, dirigida a tal corporación superviviente o resultante a su dirección así especificada, salvo que dicha corporación superviviente o resultante hubiera designado por escrito al Secretario de Estado otra dirección distinta a tales efectos, en cuyo caso será enviada a la última dirección así designada. Dicha carta adjuntará una copia del proceso y cualesquiera otros documentos notificados al Secretario de Estado de conformidad con esta subsección. Será deber del demandante en el caso de tal trabajo facilitar el proceso y cualesquiera documentos por duplicado, notificar al Secretario de Estado que el servicio se está efectuando de conformidad con la presente subsección y pagar al Secretario de Estado la suma de 50\$ por el uso del Estado, suma que será gravada como parte de los costes en el procedimiento, si el demandante vence en el mismo. El Secretario de Estado mantendrá un registro alfabético de tales servicios, señalando el nombre del demandante y el demandado, el título, número de expediente, naturaleza del procedimiento en el que las notificaciones se han entregado, el hecho de que las notificaciones se han efectuado conforme a esta subsección, la fecha de devolución y el día y hora en el que la notificación se ha efectuado. El Secretario de Estado no será requerido a retener tal información por más de 5 años desde la recepción de la notificación”¹⁴⁶³.

9.4 La especificación de la ley aplicable en nuestro sistema de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

Al objeto de determinar la ley aplicable en nuestro sistema de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas ha de estarse a lo establecido en los artículos 8 y 9 de la LSC.

Estos preceptos, desde la perspectiva en materia de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, generan una singular problemática. Efectivamente, a las sociedades constituidas en el extranjero que tengan su principal centro de explotación o establecimiento en nuestro país, es posible considerar que se les deba aplicar nuestra legislación, pero en tal caso serían tratadas como sociedades irregulares¹⁴⁶⁴, circunstancia que les impide participar en los procesos de fusión transfronteriza.

Es destacable que para determinar la nacionalidad y la ley aplicable a las sociedades no españolas o extranjeras, se manejen dos tesis, la “unilateral” y la “bilateral”. Según la primera de ellas la ley aplicable ha de fijarse mediante la consulta de las normas extranjeras de derecho internacional privado. A este respecto, ha de repararse en que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al objeto de determinar la ley aplicable a una sociedad anónima sirve como criterio “la localización de su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas”¹⁴⁶⁵, por lo que no puede objetársele que como la

nacionalidad de las sociedades no es equiparable a la de las personas físicas no tiene porqué acreditarse conforme a un derecho nacional determinado, por más que pueda ser cierto que pudieran existir sociedades que no ostentan ninguna nacionalidad. La tesis bilateral, establece que las normas españolas relativas la determinación de la nacionalidad de las sociedades anónimas han de bilateralizarse, de tal manera que son las normas antes referidas las que establecen la ley aplicable a cualquier sociedad anónima.

Adicionalmente, el artículo 9.11 CC, que utiliza un concepto muy amplio de persona jurídica¹⁴⁶⁶, establece que *“la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción”*, y que *“en la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales”*. Según aquella regulación, la fusión parecía inicialmente posible para cualquier clase de sociedades, atribuyéndose doctrinalmente a la fusión de sociedades anónimas carácter ejemplar¹⁴⁶⁷. Sin embargo, los artículos 8 y 9 LSC, modificaron aquella perspectiva, constituyendo normas de conflicto aparentemente unilaterales¹⁴⁶⁸, determinando la ley aplicable a las sociedades anónimas con domicilio en España.

La regla básica es que las sociedades anónimas que tengan o deban tener su domicilio que consta en los estatutos, registros u otros documentos fundacionales¹⁴⁶⁹ en España, se regirán por la ley española¹⁴⁷⁰, siendo de aplicación excepcional el criterio de la sede real como criterio para determinar el domicilio de las sociedades anónimas, respondiendo a tendencias materializadoras¹⁴⁷¹. Las sociedades anónimas, que no tengan ni deban situar su domicilio en España, se regirán por la ley del Estado con arreglo a cuyo derecho material se han constituido y, en su caso, tengan fijado su domicilio¹⁴⁷². Esto es, si bien el criterio del domicilio social o estatutario, es el prevalente, ha de estarse al criterio de la “sede real”, cuando ésta se encuentra en territorio español, pero no en otro caso. Criterio que además no es oponible a las sociedades constituidas bajo la ley de un Estado miembro de la Unión Europea o perteneciente al Espacio Económico Europeo en cuyo caso opera el derecho de establecimiento que obliga a reconocer a las sociedades constituidas bajo la ley de uno de aquellos Estado, aunque su sede real este en otro de tales Estados¹⁴⁷³. Bien entendido que *“la correcta combinación de la regla general sobre la ley aplicable a las sociedades mercantiles (...) con la “regla del reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas” (Anerkennungsprinzip) hace posible afirmar que el Derecho Internacional Privado societario español ha entrado en una nueva era. Es (...) la era de la completa y total libre circulación de sociedades en la UE, de la libre competencia entre ordenamientos societarios y de la plena y efectiva realidad de un “mercado abierto”. Es una nueva etapa económica de la UE, en la que el detestable dirigismo estatal debe ser finalmente abandonado. (...) La revolución del Derecho societario donde los estados miembros, guiada por el criterio de la Incorporation Theory no ha hecho más que comenzar”*¹⁴⁷⁴.

Con anterioridad a la LME, el artículo 9.11 CC incluía una mínima regulación sobre el tema y que es reproducida literalmente en el artículo 27.2 LME. Esta divergencia entre la regulación de las fusiones intracomunitarias y la esquemática de las fusiones extracomunitarias no habrá de implicar, sin embargo, una diferencia sustancial de régimen.

La regulación de las fusiones intracomunitarias, fruto de la trasposición de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, siguiendo su esquema básico, el que ya se había experimentado en la práctica anterior, reponiendo además, a las exigencias lógicas de la operación, será el que habrá de seguirse en las fusiones extracomunitarias cuando estas operaciones sean posibles¹⁴⁷⁵.

La LME no se limita a la determinación de la ley aplicable a las fusiones intracomunitarias, sino que establece un doble régimen para la determinación de la ley aplicable a las fusiones transfronterizas, según el “grado de internacionalidad”¹⁴⁷⁶. En primer lugar, establece la ley aplicable para fusiones transfronterizas en las que intervienen una o más sociedades anónimas españolas y una o más sociedades anónimas con nacionalidad de uno o varios Estados miembros de la Unión Europea, que resuelve conforme a lo antes indicado, y en segundo lugar establece la ley aplicable en los supuestos de fusiones en que intervengan uno más sociedades anónimas con nacionalidad española y una o varias sociedades anónimas con nacionalidad de terceros Estados no miembros de la Unión Europea, supuesto en el que establece que *“la fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se regirá por lo establecido en las respectivas leyes personales, sin perjuicio de lo establecido (...) sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, en su caso, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas”* (artículo 27.2). Habrán de combinarse todas aquellas regulaciones para el caso en que en la fusión transfronteriza participen sociedades anónimas españolas y sociedades extranjeras con nacionalidad de Estados miembros de la Unión Europea y de Estados ajenos a aquella Unión.

El artículo 263-7 (Régimen jurídico de la fusión) PCM sigue la misma línea indicando que *“1. La fusión de dos o más sociedades mercantiles inscritas sometidas a la ley española se regirá por lo establecido en este Código. 2. La fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se regirá por lo establecido en las respectivas leyes personales, sin perjuicio de lo establecido en la Sección 2ª sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, en su caso, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas”*.

9.5. Extensión la ley española aplicable al procedimiento de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

La *lex societatis* de la sociedad resultante de la fusión será aplicable tanto al control de legalidad de aquella sociedad como a los requisitos de publicidad e inscripción de la nueva sociedad resultante, en su caso, así como a la determinación de la fecha de eficacia de la fusión y efectos de la misma (artículos 11, 12 y 14 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas).

De esta forma, si la sociedad resultante de la fusión tiene nacionalidad española el Registrador mercantil antes de proceder a la inscripción, controlará también la legalidad del procedimiento en lo relativo a la realización de la fusión y a la constitución de la nueva sociedad o a las modificaciones de la sociedad absorbente, así como la aprobación en los

mismos términos del proyecto común por las sociedades que se fusionen y, en su caso, la adecuación de las disposiciones sobre participación de los trabajadores”, para ello “*cada una de las sociedades participantes remitirá al Registrador mercantil el certificado a que se refiere el artículo anterior en el plazo de seis meses a partir de su expedición, así como el proyecto común de fusión aprobado por la junta de socios*” (artículo 65.1 LME). Asimismo, en materia de publicidad legal, condiciones de ejercicio del derecho de oposición de los acreedores, derecho de separación de los socios, en su caso, se aplicarán las normas relativas a las fusiones internas¹⁴⁷⁷.

En íntima relación con el control de legalidad de la sociedad resultante de la fusión esta la circunstancia de que si además de la sociedad resultante de la fusión también fuera española alguna de las sociedades que se extinguen, la legalidad del procedimiento de fusión en relación con la misma se realizará por el Registrador mercantil del domicilio de la sociedad resultante de la fusión, siendo suficiente que en el título presentado al Registro conste, debidamente acreditada por el Registrador del domicilio de la sociedad que se extingue, la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión pretendida (artículo 65.3 LME).

9.6. La jurisdicción competente.

En íntima relación con la legislación aplicable está la determinación de cuál es la jurisdicción competente para juzgar las cuestiones derivadas de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas¹⁴⁷⁸.

El monopolio del Estado parece incuestionable. Respecto de los tribunales españoles así se deduce de los artículos 117.3 de la Constitución Española de 1978 (CE)¹⁴⁷⁹ como de los artículos 2.1 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)¹⁴⁸⁰, pero esa misma atribución de competencia determina sus límites, pues “*como quiera que son muchos los Estados con órganos jurisdiccionales, es forzoso plantearse, respecto de cada Estado concreto, la cuestión de la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales propios de dicho Estado, es decir cuál es el ámbito de los casos sobre el que ese Estado puede ejercer, de modo legítimo, válido y eficaz, la potestad jurisdiccional*”¹⁴⁸¹.

El artículo 22.b LOPJ, establece que “*con carácter exclusivo, los Tribunales españoles serán competentes en todo caso y con preferencia de cualquier otro, para conocer de las pretensiones relativas a las siguientes materias: b) Constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos; c) Validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro español*”. En sentido negativo el artículo 22 octies.1 LOPJ, indica que “*no serán competentes los Tribunales españoles en aquellos casos en que los fueros de competencia previstos en las leyes españolas no contemplen dicha competencia*”.

Ha de tener en cuenta, además de la posibilidad de sumisión expresa¹⁴⁸², según el artículo 22 ter. LOPJ En materias distintas a las contempladas en los artículos 22, 22 sexies¹⁴⁸³ y 22 septies¹⁴⁸⁴ y si no mediere sumisión a los Tribunales españoles de

conformidad con el artículo 22 bis, éstos resultarán competentes cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando así venga determinado por cualquiera de los foros establecidos en los artículos 22 quáter y 22 quinquies.2. (...) Se entenderá que una persona jurídica está domiciliada en España cuando radique en ella su sede social, su centro de administración o administración central o su centro de actividad principal. 3. En caso de pluralidad de demandados, serán competentes los Tribunales españoles cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en España, siempre que se ejercite una sola acción o varias entre las que exista un nexo por razón del título o causa de pedir que aconsejen su acumulación. Además los artículos 23 a 25 LOPJ establecen, sin perjuicio de lo que puedan disponer los tratados internacionales suscritos por España, la distribución de competencias de los diferentes órdenes jurisdiccionales.

Asimismo, del artículo 93 CE y artículo 2.1 LOPJ se deduce la posibilidad de atribuir la potestad jurisdiccional a órganos u organismos judiciales internacionales¹⁴⁸⁵. Se alude a competencia internacional en la medida en que las normas nacionales y los tratados y convenios internacionales atribuyan competencia a los tribunales españoles, pudiéndose en caso de falta de dicha atribución denunciarse la falta de jurisdicción mediante la denominada declinatoria internacional¹⁴⁸⁶. En materia civil y mercantil, en el espacio de la Unión Europea y la vista de que ciertas diferencias en las normas nacionales sobre competencia judicial y reconocimiento de las resoluciones judiciales hacían más difícil el buen funcionamiento del mercado interior, se aprobó el Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que abarca lo esencial de las materias civil y mercantil (*“se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional”*, artículo 1), salvo determinadas materias claramente determinadas.

Por ello: a) Los litigios a los que se aplica el Reglamento 44/2001 deben presentar un nexo con el territorio de los Estados miembros sujetos a dicho Reglamento. Por consiguiente, las reglas comunes sobre competencia judicial se aplicarán, en principio, cuando el demandado esté domiciliado en uno de dichos Estados miembros¹⁴⁸⁷; b) Las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, y las personas que no tuvieran la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las reglas de competencia judicial que se aplicaren a los nacionales. Entendiéndose que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: i) su sede estatutaria; ii) su administración central; o iii) su centro de actividad principal¹⁴⁸⁸; c) Los demandados no domiciliados en un Estado miembro estarán generalmente sujetos a las reglas nacionales de competencia aplicables en el territorio del Estado miembro del tribunal ante el que se presente la demanda y los demandados domiciliados en un Estado miembro no sujeto al Reglamento 44/2001 deberán seguir estando sujetos al Convenio de Bruselas¹⁴⁸⁹ (celebrado el 27 de septiembre de 1968¹⁴⁹⁰). A los efectos de la libre circulación de las resoluciones judiciales, las dictadas en un Estado miembro obligado por el

Reglamento 44/2001, deberán reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro obligado por ese mismo Reglamento, aun cuando el deudor condenado esté domiciliado en un tercer Estado¹⁴⁹¹.

Consecuentemente, en principio, y sin perjuicio de los fueros específicos que el propio Reglamento nº 44/2001 establece, así como de las materias excluidas y de la existencia de Tratados y Convenios internacionales que efectúen concretas atribuciones de competencia jurisdiccional, serán los tribunales correspondientes al domicilio de la nueva sociedad resultante de la fusión o de la sociedad absorbente los que tendrán la competencia para conocer de las demandas que se planteen contra ésta. No obstante, plantea la cuestión de la legitimación respecto de los litigios en curso cuando se extinguen las sociedades participantes en la fusión y se producen los efectos de la misma, con la extinción de aquellas sociedades a las que “sucede universalmente” la sociedad absorbente o la sociedad de nueva creación. Parece que en dichos supuestos deba producirse una “sucesión procesal” consecuente a la “sucesión patrimonial universal”¹⁴⁹².

Indica la sección § 261 de la Delaware GCL, titulada “Efectos de la Fusión sobre Acciones Pendientes” lo siguiente “Cualquier acción o procedimiento ya sea civil, penal o administrativo, pendiente por o contra una corporación que es parte de una fusión o consolidación será ventilado como si tal fusión o consolidación no hubiere tenido lugar o la corporación superviviente o resultante de tal fusión o consolidación podrá ser sustituida en tal acción o procedimiento”¹⁴⁹³. A su vez, la New York Business Corporation Law (NY Code - Section 906: “*Effect of merger or consolidation*”), establece que “(b) *Cuando tal fusión o consolidación haya sido efectuada: (3) Ninguna responsabilidad u obligación debida o que llegare a ser debida, reclamación o demanda por cualquier causa existente contra tal entidad constituyente, o cualquier accionista, miembro, representante o consejero de la misma, será eliminada o impedida. Ninguna acción o procedimiento, ya sea civil o penal, pendiente entonces por o contra tal entidad constituyente o cualquier accionista, miembro, representante o consejero de la misma, decaerá o será suspendida por tal fusión o consolidación sino que podrá ser ejecutada, perseguida, resuelta o transada como si tal fusión o consolidación no hubiera ocurrido o dicha corporación superviviente o consolidada podrá ser sustituida en tal acción o procedimiento especial en el lugar de cualquier entidad participante*”¹⁴⁹⁴.

La sucesión procesal constituye un instituto jurídico que se reconoce por nuestro ordenamiento que “*atiende al cambio en el proceso de una parte por otra, en la misma posición procesal, por haberse convertido la segunda en titular de la posición habilitante para formular la pretensión o para que enfrente de ella se formule*”. Efectivamente, respecto de la sucesión procesal, el art. 17.1 (Sucesión por transmisión del objeto litigioso), de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“**LEC**”), señala que: “*Cuando se haya transmitido, pendiente un juicio, lo que sea objeto del mismo, el adquirente podrá solicitar, acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente*”¹⁴⁹⁵. La finalidad del precepto no es otra, según la jurisprudencia -sentencias de 15 de febrero de 1.965, 6 de mayo de 1.997, 9 de abril de 1.999, 28 de septiembre de 2.000 y 9 de octubre de 2.007 -, que la de “*evitar una potencial defraudación de los derechos del tercero demandante que espera ser beneficiado por la decisión judicial que ponga fin al litigio a que se encuentra sometida la cosa*”¹⁴⁹⁶. Por ello, sin duda, será operante dicho

instituto en los supuestos de fusión transfronteriza de sociedades anónimas¹⁴⁹⁷, al no afectarle lo dispuesto en el artículo 22.2 del Reglamento 44/2001¹⁴⁹⁸ ni en el artículo 22.1º LOPJ¹⁴⁹⁹.

Otra institución procesal transcendente en materia de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas es la llamada “prorroga de jurisdicción”. A tenor de la misma y según establece el artículo 23 del Reglamento 44/2001 “*si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes*”. Esta previsión normativa, que requiere del cumplimiento de marcados requisitos formales, supone una excepción a la atribución natural de la jurisdicción¹⁵⁰⁰, pues “*cundo ninguna de las partes que hubieren celebrado un acuerdo de este tipo estuviere domiciliada en un Estado miembro, los tribunales de los demás Estados miembros sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados hubieren declinado su competencia*”¹⁵⁰¹.

¹⁴¹⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “*Traslado de domicilio social: Delimitación de los supuestos y régimen aplicable*”, en *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, t. II, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 28, precisa que “en el ordenamiento jurídico español, esta relación entre el domicilio y la ex societatis no es inmediata: el legislador ha puesto cierta distancia entre ambos al interponer el concepto de nacionalidad de la sociedad (...). El domicilio de una sociedad determina su nacionalidad, la cual, a su vez, determina la ley que rige dicha sociedad (Esquema: Domicilio social→Nacionalidad→Lex societatis). No obstante (...), el criterio de la nacionalidad de las sociedades obliga a dar un rodeo innecesario, no añade nada. La variable auténticamente relevante es el domicilio social”.

¹⁴²⁰ Por otra parte característico y tradicional del sistema español, como precisa AGUILAR NAVARRO, op. cit. (*Derecho Internacional Privado*”, v. I, t. II. Parte segunda), p. 107.

¹⁴²¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., op. cit. (*Traslado de domicilio social: Delimitación de los supuestos y régimen aplicable*), p. 28.

¹⁴²² PAZ-ARES, C., op. cit. (“*Lección 16. Las Sociedades Mercantiles*”), p. 390; SÁNCHEZ CALERO, F., Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*), p. 395.

¹⁴²³ PAZ-ARES, C., op. cit. (*Lección 16. Las Sociedades Mercantiles*), p. 390.

¹⁴²⁴ BLANCO-MORALES LIMONES, P., “*La transferencia internacional de sede social*”, *Revista de Sociedades-Monografías*, Editorial Aranzadi S. A., Pamplona 1997, p. 32.

¹⁴²⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., op. cit. (*Traslado de domicilio social: Delimitación de los supuestos y régimen aplicable*), p. 28., que añade, “en principio, dicha ley no es otra que aquella bajo la cual se ha constituido la sociedad. Los fundadores escogen un determinado ordenamiento jurídico y se constituyen bajo él. Normalmente además, el ordenamiento del Estado bajo el que se ha constituido la sociedad exige que el domicilio social se localice en el territorio de dicho Estado. Las sociedades españolas deben fijar su domicilio social en España (...) y lo mismo exigen –respectivamente y salvo excepciones puntuales– el resto de los ordenamientos del mundo (...). Del domicilio cuelga el estatuto societario. O, dicho en términos conflictuales, la elección de una ley estatal bajo la cual se constituye la sociedad y, como consecuencia de ello, la localización territorial en ese Estado, es el criterio de conexión que nos conduce hasta la lex societatis”.

¹⁴²⁶ GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), pp. 189-190, indica que “la LME no regula ni resuelve un aspecto fundamental que subyace en la fusiones transfronterizas intracomunitarias: el criterio de conexión que determina la lex societatis aplicable a la sociedad resultante de la fusión (...) no existe un criterio de conexión unánime en los Estados miembros de la UE. Uno adoptan la teoría de la incorporación, por la que la ley aplicable a la sociedad es la del lugar en que se constituye. Otros siguen el criterio del domicilio social o sede estatutaria, según el cual la ley aplicable es la del domicilio social. Otro grupo de Estados acogen la teoría de la sede real o efectiva en virtud de la cual la ley aplicable es la del lugar en que se

encuentra la administración efectiva y la dirección de la sociedad. Y, por último, otro conjunto de Estados determinan la ley aplicable por el lugar en que radique su principal establecimiento o explotación, teoría del lugar de explotación”.

¹⁴²⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., op. cit. (*Derecho de los Negocios Internacionales*), p. 238.

¹⁴²⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., op. cit. (*Derecho de los Negocios Internacionales*), p. 238, donde indican lo siguiente: “El proceso de fusión precisa (...), que cada una de las sociedades intervinientes adopte la correspondiente decisión. En principio tal proceso debería regirse por el Derecho de la sociedad en cuestión. De acuerdo con esto, las previsiones del Derecho español sobre la publicación del proyecto de fusión y la forma en que ha de adoptarse el acuerdo por la Junta General de la sociedad y el contenido de tal acuerdo, se aplicarían únicamente respecto de las sociedades españolas que intervengan en una fusión internacional, las sociedades extranjeras que interviniesen en esa fusión deberían seguir sus propias previsiones al respecto. De igual forma será el Derecho de cada sociedad el que establezca las garantías que frente a la fusión tendrán los acreedores de la sociedad, sus obligacionistas y los socios minoritarios. Una vez adoptado el acuerdo de fusión por parte de todas las sociedades, se ha de formalizar el contrato de fusión. Éste ya será un documento único para todas las sociedades intervinientes y que, por tanto deberá respetar las exigencias contenidas en todos los Derechos implicados en el proceso de fusión (...). Esta delimitación del ámbito de aplicación de cada uno de los Derechos implicados es la que se recoge también en la Directiva comunitaria en materia de fusiones transfronterizas”, prosiguiendo, en p. 240, que “si la operación de fusión implica a sociedades cotizadas, además de la regulación puramente societaria, deberán tenerse en cuenta en la normativa sobre el mercado de valores, ya que la fusión es una operación que puede tener una influencia sensible en la cotización de los valores (...). Esta circunstancia obliga a mantener permanentemente informada a la autoridad bursátil acerca del desarrollo de la operación (...). La autoridad bursátil no se limita a recibir la información que le transmiten las sociedades implicadas en la operación (...). La autoridad bursátil desempeña asimismo un papel fundamental en la fase de canje de acciones”.

¹⁴²⁹ CALVO CARAVACA, A. L., op. cit. (*La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho Internacional Privado en la sociedad global*), p. 245, en donde destaca, sobre la diversidad jurídica material, que la “regulación jurídica de las sociedades es muy diferente de Estado a Estado. La armonización del Derecho societario llevada cabo por la UE desde hace años no ha desembocado en un Derecho societario material uniforme y completo para todos los Estados miembro. Es tan sólo una unificación parcial y limitada. Por otro lado las sociedades despliegan una actividad internacional muy acusada. Resultado: en los casos internacionales relativos a sociedades mercantiles, es preciso determinar con el mayor cuidado, el “Derecho aplicable” a tales sociedades”, y, sobre la diversidad jurídica conflictual, que “los diferentes Estados utilizan criterios muy dispares para determinar la “Ley reguladora de la sociedades”.

¹⁴³⁰ Siguiendo a CALVO CARAVACA, A. L., op. cit. (*La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho Internacional Privado en la sociedad global*), pp. 246-250, también, “*Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional*”, RGD, n. 525, 1988, pp. 3679-3701, y en “Derecho internacional privado. Parte especial, (6.ª ed.), (González Campos, J. D., Dir.) Madrid, Eurolex, 1995, pp. 84-89, asimismo “Art. 9.11 C”, en Comentarios al Código Civil, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 103-105; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “*Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*”, Cuadernos Mercantiles, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 2002, igualmente “*Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable*”, en Instituciones de Derecho Privado, (Delgado de Miguel, J. F., Coord.), Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General, Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-152; AZZOLINI, C., “*Problemi relativi alle persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*”, RDIPP, 1993, pp. 893-922; BALLARINO, T., “*Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes*”, RCDIP, 2003-3, pp. 373-402; M. V. BENEDETTI, M. V. “*La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*”, Rivista delle Società, 1997, pp. 39-113; DAMASCELLI, D. “*I conflitti di legge in materia di società*”, Cacucci Editore, Bari, 2004; GIRELLO, G., “*La legge applicabile alle persone giuridiche nel diritto internazionale privato*”, DCI, 1996, pp. 285- 288; RAMMELOO, S. “*Corporations in Private International Law: a European Perspective*”, Oxford Univ. Press, 2001.

¹⁴³¹ Artículo “premier” de la Recomendación del INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, titulada “Les sociétés anonymes en droit international privé”, adoptada con ocasión de la sesión de Varsovia de 1965, relativa a la adopción por todos los Estados de reglas para resolver los conflictos relativos a las sociedades anónimas constituidas de acuerdo con el derecho interno. Según su artículo 2: “toute société formée conformément à la loi désignée à l'article premier sera reconnue dans tous les autres Etats comme un sujet de droit”, y, según su artículo 7: “La loi de la société régit les conditions de forme et de fond de la constitution de la société. Elle régit notamment les exigences relatives au capital tant lors de la constitution qu'au cours de l'existence de la société”.

¹⁴³² BLANCO-MORALES LIMONES, P., op. cit. (*La transferencia internacional de sede social*), p. 47, que “el principio de la constitución expresa una concepción contractual de las sociedades para situarlas bajo el imperio de las leyes del Estado conforme al que se han constituido, tanto si se han inscrito en el Registro Mercantil o de Sociedades de dicho estado – en cuyo caso se habla de incorporación- como si no – en cuyo caso se habla, simplemente, de constitución. Los matices con que se presenta la teoría de la constitución reflejan ampliamente sus orígenes y sus fundamentos”, que desarrolla en pp. 47-58.

¹⁴³³ MUIR-WATT, H., “Nota a STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*”, RCDIP, 2004, pp. 173-184.

¹⁴³⁴ CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., op. cit. (*Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea*), p. 69, también en “*Personas jurídicas y sociedades mercantiles*”, en Derecho Internacional Privado, vol. II, (7.ª ed.), Granada, Editorial Comares, 2006, pp. 295-336.

¹⁴³⁵ BLANCO-MORALES LIMONES, P., op. cit. (*La transferencia internacional de sede social*), pp. 53-56.

¹⁴³⁶ A su vez “Talon de Aquiles” de aquella decisión, precisa SÁNCHEZ LORENZO, S., op. cit. (*El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario*), pp. 464-465; El mismo autor indica en pp. 475-476 que “el Derecho español, como el propio Derecho comunitario y los sistemas nacionales tributarios de la teoría de la sede, pueden considerarse sistemas en que esta teoría tiene un alcance puramente material (necesidad de coincidencia entre la sede social y la sede real), independientemente de que la ley aplicable a la existencia de la sociedad sea la del país de constitución/sede social. La aplicación de las normas del Derecho de sociedades de un Estado miembro donde radica la sede real no es fruto de una conexión o búsqueda de la *lex societatis*, sino un límite impuesto por razones materiales, si se quiere de Derecho público económico o de Derecho de extranjería. En el fondo, no se trata de un problema relativo a la ley aplicable al estatuto social, que es y seguirá siendo la ley del país de constitución y sede social, sino de la posibilidad de que el Estado cuyo mercado resulta principalmente afectado por la actividad comercial de la sociedad pueda oponer a la sociedad extranjera ciertas condiciones materiales para que acceda a su mercado, incluyendo la posibilidad, que no la necesidad, de exigir en bloque la aplicación de su Derecho de sociedades y la reconstitución de la sociedad conforme a su Derecho nacional”, también “*El Derecho europeo de sociedades y la sentencia*

Centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario”, Anuario Español de Derecho internacional privado, núm. 0, 2000, pp. 115-157, asimismo, “*Derecho privado europeo*”, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 32-33, igualmente “Nota a la sentencia TJCE de 5 de noviembre de 2002, *As. C-208/00: Überseering*”, REDI, 2002-2, pp. 927-930, también “*What Do We Mean when We Say ‘Folklore’? Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law*”, European Review of Private Law, 2006, 2, pp. 205-207; SANCHO VILLA, D., “La dudosa compatibilidad con el Derecho comunitario de la construcción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia *Centros Ltd*”, La Ley, 1999, D-297, pp. 1851-1859.

¹⁴³⁷ STJUE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, *Inspire Art. Ltd*.

¹⁴³⁸ A. SANTAMARIA, A., “*Problemi attinenti al diritto internazionale privato e processuale della società*”, Studi in memoria di Mario Giuliano, Padua, Cedam, 1989, pp. 805-838, también “*Società (Diritto internazionale)*”, EdD, vol. XLII, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 883-908; STEIGER, A. “*Grenzüberschreitende Fusion und Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EU nach spanischem und portugiesischem Recht*”, 1997; S. TAFANI S. y CARUSO, R., “*Il nuovo Diritto europeo delle società di capital*”, Roma, 2005, pp. 25-35; KINDLER, P., “*Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società*”, RDIPP, 2006-III, pp. 657-674.

¹⁴³⁹ BOUCOBZA, X., “*L’acquisition internationale de société*”, Bib. de droit privé, t. 301, LGDJ, Montchrestien, 1998; I. FADLALLAH, I., “*Personne morale*”, E.Dalloz DI, vol. II, 1969, pp. 582-588; J. DE GRANDCOURT, J., “*Société*”, E. Dalloz, DI, vol. II, 1969, pp. 844-859; M. G. VAN HECKE, M. G., “*Les sociétés anonymes en droit international privé. Rapport provisoire et projet de résolution*”, An. IDI, Sesión de Varsovia, 1965, pp. 226-243; LOUSSOUARN, Y., “*La condition des personnes morales en droit international privé*”, RCADI, 1959, vol. 96, pp. 447-552; LOUSSOUARN, Y. y BREDIN, J. D., “*Droit du commerce international*”, París, Sirey, 1969, pp. 247-530.

¹⁴⁴⁰ BLANCO-MORALES LIMONES, P., op. cit. (*La transferencia internacional de sede social*), p. 41, afirma que “la consideración del lugar de constitución como criterio para determinar la *lex societatis* cuando se ha defendido lo ha sido tomando como referencia el contrato de sociedad o, más correctamente el lugar de su celebración. Es decir, se trata de regir la sociedad por el Derecho del lugar donde se ha concluido el negocio jurídico societario”, sobre sus desventajas pp. 41-42.

¹⁴⁴¹ BLANCO-MORALES LIMONES, P., op. cit. (*La transferencia internacional de sede social*), pp. 42-46.

¹⁴⁴² DROBNIG U., “*Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften*”, ZHR, 1966-1967, pp. 93-120; GROSSFELD, B., “*Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer*

personen”, RabelsZ, 1967, vol. XXXI, pp. 1-50; M. LUTTER M. (editor), “*Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland: mit Rechtsund Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften*”, Köln, O. Schmidt, 2005; MONACO, R., “*Problèmes du droit international privé des sociétés*”, *Droit international et droit communautaire. (Actes du colloque, Paris, 5-6 avril 1990)*”, París, 1991, pp. 175-186; S. RINDISBACHER, S., “*Anerkennung gesellschaftlicher Gebilde im internationalen Privatrecht*”, Berna, 1996; ZIMMERMANN, D., “*Internationales Gesellschaftsrecht*”, Heidelberg, 1996.

¹⁴⁴³GARCIMARTÍN ALFÁREZ, F. J., op. cit. (*Traslado de domicilio social: Delimitación de los supuestos y régimen aplicable*), p. 30,

¹⁴⁴⁴CALVO CARAVACA, A-L., op. cit. (*La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho Internacional Privado en la sociedad global*), p. 250.

¹⁴⁴⁵SABIDO RODRÍGUEZ, M., op. cit. (*Límites a la autonomía de la voluntad y Derecho Internacional de Sociedades: Modificaciones estructurales de sociedades*), p. 1018.

¹⁴⁴⁶CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., op. cit. (*Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea*), exponen la doctrina resultante de la jurisprudencia emanada a raíz de la “trilogía societaria/Centros-Überseering-Inspire Art”, en los siguientes términos: a) Una sociedad puede ejercitar toda su actividad en un Estado miembro, siempre que cumpla con las dos exigencias especificadas en el art. 48 TCE (ahora artículo 54 TFUE, según el cual: “Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo). El hecho de que la sociedad no cuente con ningún “vínculo real o sustancial” con el Estado miembro de su constitución es irrelevante. (...) la sociedad y los socios tienen derecho a “elegir” unas leyes societarias más laxas en materia de constitución de la sociedad y de responsabilidad de los administradores (...). Los socios eligen la Ley de un Estado miembro, simplemente, mediante la instalación nominal de una sede estatutaria en dicho país y mediante la constitución de la sociedad con arreglo a la Ley de ese Estado miembro. Dicha elección, (...), no constituye ningún fraude de Ley ni ningún abuso del Derecho comunitario y de la libertad de establecimiento. No es tampoco una especie de “U-Turn societario”. Es, por el contrario, una libertad protegida nada menos que por los Tratados comunitarios (...). Es un derecho subjetivo de las sociedades. Los socios tienen derecho a constituir su sociedad con arreglo al Derecho de un Estado miembro e instalar en dicho Estado miembro su sede estatutaria aunque sus actividades económicas radiquen en otro Estado miembro. Esa decisión de política societaria no puede ser, en ningún caso, contraria a la libertad de establecimiento, porque, precisamente, constituye un derecho derivado de tal libertad. Por eso, la sociedad cubierta por el art. 48 TCE (ahora) tiene derecho a instalar sucursales en el Estado miembro donde le plazca, a ser considerada y tratada en todo Estado miembro como un ente válidamente constituido con el alcance que la sociedad tiene en el Derecho del Estado miembro con arreglo a cuyo Derecho se constituyó, y tiene derecho también a ejercitar actividades económicas en el Estado miembro que prefiera. Naturalmente, la sociedad puede instalar su sede estatutaria en el Estado miembro donde le plazca y constituirse con arreglo al Derecho de tal Estado miembro (...), pero eso no supone ningún “fraude por internacionalización ficticia del supuesto” (...). En el marco de un mercado comunitario, las sociedades tiene derecho a circular y a instalarse y a operar y a constituirse donde estimen conveniente. El fraude por internacionalización ficticia de un caso interno no puede existir en los límites de la UE ni dentro del mercado único. Es un único mercado en el que la sociedad puede moverse libremente. Por eso, el fraude por internacionalización ficticia del supuesto es imposible ex ipsa natura sua cuando todos los elementos del supuesto radican en la UE; b) La libertad de establecimiento se opone radicalmente a la aplicación de las normas imperativas de los Estados miembros que impidan a la sociedad aprovecharse del régimen más liberal relativo a la constitución de sociedades y régimen legal interno de las sociedades y previsto en las Leyes de otro Estado miembro. Y ello es así porque para que la libertad de establecimiento tenga un significado verdadero, es preciso aceptar, sin ambages, que los Derechos de los Estados miembros relativos a las condiciones de constitución de las sociedades tienen un grado de equivalencia mutuo. Son, por tanto, “Derechos intercambiables” y los particulares pueden constituir su sociedad en el Estado miembro que tengan por conveniente. Las críticas a este planteamiento, construidas sobre el peligro (...) de una Race To The Bottom (...), han sido rechazadas del modo más radical por el TJCE. Siempre queda, si existe voluntad política al efecto, la posibilidad de armonizar las reglas societarias de los Estados miembros. Pero no es necesario: todos los Derechos de los Estados miembros en la materia satisfacen las garantías mínimas de una regulación adecuada de las sociedades. Además, si se crea una sana competencia entre los Derechos societarios de los Estados miembros, éstos tenderán a mejorar su reglas para “atraer” sociedades. La competencia entre ordenamientos es, precisamente, “la fuerza motriz del Derecho de sociedades norteamericano” (...); c) Los Estados miembros conservan, naturalmente, la posibilidad de

establecer “obstáculos legales” para la libertad de establecimiento de las llamadas “sociedades buzón” o Pseudo Foreign Corporations (...). Sin embargo, tales medidas deben superar el “test de legitimidad comunitario”: deben ser medidas “que se apliquen de manera no discriminatoria, que encuentren justificación en razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo” (...). La protección de los acreedores podría constituir una razón de interés general que suponga un obstáculo para la libertad de establecimiento de las llamadas “sociedades buzón” o Pseudo Foreign Corporations (...). Pero el TJCE se cuida muy mucho de dejar bien claro que exigir la observancia de las normas societarias del Estado miembro de destino relativas al capital social mínimo y a la responsabilidad de los administradores no es una exigencia proporcional ni necesaria (...). Por ello, el respeto de la legislación societaria de los Estados miembros de destino en los aspectos señalados no está cubierto por el Derecho comunitario. Todo lo contrario: tales exigencias están prohibidas por el Derecho comunitario. Son exigencias que revelan un fuerte “autoritarismo” que expulsa de raíz a las sociedades con sede estatutaria en otros Estados miembros, del mercado del Estado miembro de destino. Ello es incompatible con una economía libre de mercado de alcance europeo (...). Los acreedores se protegen solos: saben que contratan con una sociedad regulada por un Derecho de otro Estado miembro, siempre que dicha circunstancia conste de modo fehaciente”.

¹⁴⁴⁷ CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., op. cit. (*Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea*), pp. 83-106.

¹⁴⁴⁸ CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., op. cit. (*Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea*), pp. 107-110.

¹⁴⁴⁹ En el que sobresalen la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, el Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, el Reglamento (CE) n.º 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, y el Reglamento (CEE) n.º 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE).

¹⁴⁵⁰ DIAZ RUÍZ, E., op. cit. (*La fusión de sociedades; en particular, las fusiones transfronterizas*), alude a fusiones intracomunitarias, en pp. 368-380, y a fusiones extracomunitarias en pp. 384-385.

¹⁴⁵¹ FALCON Y TELLA, M. J., op. cit. (*El argumento analógico en el Derecho*), p. 124 señala de “la interpretación extensiva ofrece puntos de semejanza con la analogía, pero esta semejanza no es identidad y existen matices diferenciales ente ambas figuras, que abogan por la distinción. Esta es más que posible. Es necesaria, en aras de la seguridad jurídica. Pero, que sea posible y necesaria no implica que sea tajante”, exponiendo en pp. 124-132 doctrina favorables y contrarias a la distinción entre ambos conceptos; TORRALBA MENDIOLA, E., op. cit. (*Capítulo IV. Aspectos internacionales de las operaciones societarias*), p. 264, indica lo siguiente, “hablamos de adaptación, no de aplicación extensiva de unas normas que el legislador no ha previsto para estos casos, y que en esa adaptación no puede perderse de vista el distinto contexto en el que serían de aplicación las normas: Fuera del Espacio Económico Europeo el régimen de las fusiones no está armonizado y algunas de las reglas del procedimiento son difícilmente aplicables en un ámbito regido por esa característica, pero, en cualquier caso, sí existen problemas resueltos, como el de la admisión del derecho de separación, por ejemplo. Más difícil es determinar cómo se produce la coordinación registral en estos casos puesto que, aunque es menos evidente la posibilidad de utilizar el modelo europeo, la viabilidad del mismo dependerá de la voluntad del resto de los registros implicados de colaborar en el sentido indicado, y algo parecido ocurre con la impugnación del acuerdo. De nada sirve que el ordenamiento español señale que la fusión no es impugnabile tras ser inscrita si los ordenamientos de las sociedades que se fusionan prevén la impugnación en otras circunstancias”.

¹⁴⁵² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 209.

¹⁴⁵³ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la sociedad Anónima Europea*), pp. 315-316.

¹⁴⁵⁴ Sobre la Ley de Sociedades de Capital como fuente de regulación de la SE domiciliada en España, JUSTE MENCÍA, J., “La sociedad anónima europea”, RdS, núm. 36, 2011-1, pp. 255-256.

¹⁴⁵⁵ Considerando 27.

¹⁴⁵⁶ La Sección 2.01 MBCA indica que “*One or more persons may act as the incorporator or incorporators of a corporation by delivering articles of incorporation to the secretary of state for filing*”.

¹⁴⁵⁷ El Comentario Oficial al párrafo 2.04 señala “*incorporation under modern statutes is so simple and inexpensive that a strong argument may be made that nothing short of filing articles of incorporation should create the privilege of limited liability*”.

¹⁴⁵⁸ La Sección 11.02 MBCA establece que “*(a) One or more domestic business corporations may merge with one or more domestic or foreign business corporations (...) pursuant to a plan of merger, or two or more foreign business corporations or domestic (...) may merge into a new domestic business corporation to be created in the merger in the manner provided in this chapter; (b) A foreign business corporation, (...), may be a party to a merger with a domestic business corporation, or may be created by the terms of the plan of merger, only if the merger is permitted by the foreign business corporation*”.

¹⁴⁵⁹ Comentario Oficial al párrafo 11.02, punto 2 que indica “*A merger of a domestic corporation with a foreign corporation (...) is authorized by chapter 11 only if the merger is permitted by the laws under which the foreign corporation (...) is organized, and in effecting the merger the foreign business corporation (...) complies with such laws. Whether and on what terms a foreign corporation or a foreign (...) is authorized to merge with a domestic corporation is a matter that is governed by the laws under which that corporation (...) is organized or by which it is governed, not by chapter 11*”.

¹⁴⁶⁰ Comentario Oficial al párrafo 11.02, punto 2 que indica “*Nevertheless, certain provisions of chapter 11 have an indirect effect on a foreign corporation (...) that proposes to or does merge with a domestic corporation, because they set conditions concerning the effectiveness and effect of the merger.*”

¹⁴⁶¹ Comentario Oficial al párrafo 11.02, punto 2 que indica “*In some cases, the impact of chapter 11 on a foreign corporation (...) is more direct. For example, section 11.07(d) provides that upon a merger becoming effective, a foreign corporation (...) that is the survivor of the merger is deemed to appoint the secretary of state as its agent for service of process in a proceeding to enforce the rights of shareholders of each domestic corporation that is a party to the merger to exercise appraisal rights and to agree that it will promptly pay to such shareholders the amount, if any, to which they are entitled under chapter 13*”.

¹⁴⁶² La Sección 101 de la Delaware GCL establece que “*(a) Any person, partnership, association or corporation, singly or jointly with others, and without regard to such person’s or entity’s residence, domicile or state of incorporation, may incorporate or organize a corporation under this chapter by filing with the Division of Corporations in the Department of State a certificate of incorporation which shall be executed, acknowledged and filed in accordance with section 103 of this title. (b) A corporation may be incorporated or organized under this chapter to conduct or promote any lawful business or purposes, except as may otherwise be provided by the Constitution or other law of this State. (c) Corporations for constructing, maintaining and operating public utilities, whether in or outside of this State, may be organized under this chapter, but corporations for constructing, maintaining and operating public utilities within this State shall be subject to, in addition to this chapter, the special provisions and requirements of Title 26 applicable to such corporations*”.

¹⁴⁶³ La Sección 252 de la Delaware GCL indica “*(c) The agreement shall be adopted, approved, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed, and, in the case of a Delaware corporation, in the same manner as is provided in § 251 of this title. The agreement shall be filed and shall become effective for all purposes of the laws of this State when and as provided in § 251 of this title with respect to the merger or consolidation of corporations of this State. In lieu of filing the agreement of merger or consolidation, the surviving or resulting corporation may file a certificate of merger or consolidation, executed in accordance with § 103 of this title (d) If the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation is to be governed by the laws of the District of Columbia or any state or jurisdiction other than this State, it shall agree that it may be served with process in this State in any proceeding for enforcement of any obligation of any constituent corporation of this State, as well as for enforcement of any obligation of the surviving or resulting corporation arising from the merger or consolidation, including any suit or other proceeding to enforce the right of any stockholders as determined in appraisal proceedings pursuant to § 262 of this title, and shall irrevocably appoint the Secretary of State as its agent to accept service of process in any such suit or other proceedings and shall specify the address to which a copy of such process shall be mailed by the Secretary of State. In the event of such service upon the Secretary of State in accordance with this subsection, the Secretary of State shall forthwith notify such surviving or resulting corporation thereof by letter, certified mail, return receipt requested, directed to such surviving or resulting corporation at its address so specified, unless such surviving or resulting corporation shall have designated in writing to the Secretary of State a different address for such purpose, in which case it shall be mailed to the last address so designated. Such letter shall enclose a copy of the process and any other papers served on the Secretary of State pursuant to this subsection. It shall be the duty of the plaintiff in the event of such service to serve process and any other papers in duplicate, to notify the Secretary of State that service is being effected pursuant to this subsection and to pay the Secretary of State the sum of \$50 for the use of the State, which sum shall be taxed as part of the costs in the proceeding, if the plaintiff shall prevail therein. The Secretary of State shall maintain an alphabetical record of any such service setting forth the name of the plaintiff and the defendant, the title, docket number and nature of the proceeding in which process has been served, the fact that service has been effected pursuant to this subsection, the return date thereof, and the day and hour service was made. The Secretary of State shall not be required to retain such information longer than 5 years from receipt of the service of process*”.

¹⁴⁶⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., op. cit. (*Traslado de domicilio social: Delimitación de los supuestos y régimen aplicable*), 32; ANSÓN PEIRONCELY, R., op. cit. (*Traslado internacional del domicilio social*), pp. 306-307.

¹⁴⁶⁵ STJUE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01, Inspire Art. Ltd.

¹⁴⁶⁶ CALVO CARAVACA, A-L., op. cit. (*La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho Internacional Privado en la sociedad global*), p. 250.

¹⁴⁶⁷ Indica TORRALBA MENDIOLA, E., op. cit. (*Capítulo IV. Aspectos internacionales de las operaciones societarias*), p. 254, que “desde el punto de vista de la normativa a aplicar a la sociedad española participante en la operación había que tener en cuenta la necesidad de hacer una doble adaptación: por un lado, y dado que la única ley que establecía reglas para la fusión de sociedades era la ley de sociedades anónimas, debía ser lo previsto en ésta lo que se aplicara, incluso cuando la sociedad española que se fusionase no fuera anónima y, en segundo lugar, puesto que las normas en materia de fusión de la ley de anónimas eran reglas destinadas a regular supuestos internos, se hacía necesario adaptar lo previsto para tales casos a las necesidades y características de una fusión internacional”.

¹⁴⁶⁸ CALVO CARAVACA, A-L., op. cit. (*La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho Internacional Privado en la sociedad global*), p. 253.

¹⁴⁶⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., op. cit. (*Traslado de domicilio social: Delimitación de los supuestos y régimen aplicable*), p. 29; SABIDO RODRÍGUEZ, M., op. cit. (*Límites a la autonomía de la voluntad y Derecho Internacional de Sociedades: Modificaciones estructurales de sociedades*), p. 1028.

¹⁴⁷⁰ SABIDO RODRÍGUEZ, M., op. cit. (*Límites a la autonomía de la voluntad y Derecho Internacional de Sociedades: Modificaciones estructurales de sociedades*), p. 1028, afirma que se “trata de un criterio que responde al criterio de seguridad jurídica pero que, sin duda puede suscitar algunas dificultades en la práctica en la medida en que permite que una sociedad esté regida por un ordenamiento con el que no presenta ninguna otra conexión y que, sin embargo, presenta importantes conexiones con otro Estado, no esté regido por la ley de éste último”.

¹⁴⁷¹ SABIDO RODRÍGUEZ, M., op. cit. (*Límites a la autonomía de la voluntad y Derecho Internacional de Sociedades: Modificaciones estructurales de sociedades*), p. 1029, destacando, pp. 1029-1030, que aquella regla “únicamente puede utilizarse respecto de aquellas sociedades que establezcan sus domicilios estatutarios en terceros Estados y cuyo centro de explotación y actividad principal se encuentre en nuestro país”.

¹⁴⁷² Efectivamente, “las sociedades que se hayan constituido al amparo de la ley española y, por ello, hayan fijado su domicilio social en España, se registrarán por aquella ley, las sociedades que se hayan constituido bajo una ley extranjera y, por ello hayan fijado su domicilio social en el extranjero, se registrarán por la ley del Estado correspondiente”, indica GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., op. cit. (*Traslado de domicilio social: Delimitación de los supuestos y régimen aplicable*), p. 29.

¹⁴⁷³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., op. cit. (*Traslado de domicilio social: Delimitación de los supuestos y régimen aplicable*), pp. 30-32., afirma que “se suele entender que el Derecho español responde a ese modelo normativo sólo si la “sede real” de una sociedad se localiza en territorio español. En efecto la sede real sólo impone límites a la elección de la lex societatis cuando aquella se encuentra en España, no cuando se encuentra en el extranjero. En consecuencia distingue dos situaciones. Por un lado, cuando el establecimiento principal o administración central de una sociedad (como “sede real” de esta) se encuentren en el extranjero, entiende que no hay impedimentos para que se constituya conforme a la ley española y fije aquí su domicilio social. Esto es, la localización de la sede real en España no es un requisito necesario para constituirse como sociedad española. Y ello con absoluta independencia de que la “sede real” se encuentre en otro Estado Europeo o en un tercer Estado. En cambio, no sucede lo mismo en la situación inversa (la legislación española) parece requerir que las sociedades cuyo principal establecimiento o explotación esté en España fijen igualmente su domicilio social en España y, por tanto se constituyan bajo la ley española (...)”

¹⁴⁷⁴ CALVO CARAVACA, A. J. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op. cit. (*Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea*), p. 100.

¹⁴⁷⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., op. cit. (*Derecho de los Negocios Internacionales*), p. 237.

¹⁴⁷⁶ SABIDO RODRÍGUEZ, M., op. cit. (*Límites a la autonomía de la voluntad y Derecho Internacional de Sociedades: Modificaciones estructurales de sociedades*), p. 1024.

¹⁴⁷⁷ TORRALBA MENDIOLA, E., op. cit. (*Capítulo IV. Aspectos internacionales de las operaciones societarias*), p. 262, la cual precisa que “no se regula de manera específica la impugnación de la fusión, por lo que habrá que acudir a lo previsto para las fusiones internas en el artículo 47 LME”.

¹⁴⁷⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 228; Precisa Indica la sección § 261 de la Delaware General Corporation Law, titulada “Effect of Merger Upon Pending Actions”, lo siguiente: “Any action or proceeding, whether civil, criminal or administrative, pending by or against any corporation which is a party to a merger or consolidation shall be prosecuted as if such merger or consolidation had not taken place, or the corporation surviving or resulting from such merger or consolidation may be substituted in such action or proceeding”.

¹⁴⁷⁹ Artículo 117.3 de la Constitución Española: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

¹⁴⁸⁰ Artículo 2.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales”; Artículo 4: “La jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes”.

¹⁴⁸¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GÓMEZ, I., y VEGAS TORRES, I., “*Derecho Procesal. Introducción*”, tercera edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2004, p. 281.

¹⁴⁸² Artículo 22 bis: “1. En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos (...). 2. Se entenderá por acuerdo de sumisión expresa aquel pacto por el cual las partes deciden atribuir a los Tribunales españoles el conocimiento de ciertas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. La competencia establecida por sumisión expresa se extenderá a la propia validez del acuerdo de sumisión. El acuerdo de sumisión expresa deberá constar por escrito, en una cláusula incluida en un contrato o en un acuerdo independiente, o verbalmente con confirmación escrita, así como en alguna forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas, o en el comercio internacional sea conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. Se entenderá que media acuerdo escrito cuando resulte de una transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero. Se considerará igualmente que hay acuerdo escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación dentro del proceso iniciado en España, en los cuales la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

3. Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones, serán competentes los Tribunales españoles cuando comparezca ante ellos el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia”.

¹⁴⁸³ Artículo 22 sexies: “Los Tribunales españoles serán competentes cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España. Serán también competentes para adoptar estas medidas si lo son para conocer del asunto principal”.

¹⁴⁸⁴ Artículo 22 septies: “En materia concursal y demás procedimientos de insolvencia se estará a lo que disponga su legislación reguladora”.

¹⁴⁸⁵ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONON REDONDE, A., y BARONA VILAR, S., “*Derecho Jurisdiccional. I*”, Parte General, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2010 pp. 81-82.

¹⁴⁸⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GÓMEZ, I., y VEGAS TORRES, I., op. cit. (*Derecho Procesal. Introducción*), p. 284, que precisan que “desde el punto de vista de la validez de las actuaciones, la jurisdicción es del primer presupuesto procesal. Por eso los tribunales han de velar, de oficio, por la concurrencia de ese presupuesto procesal, que, en caso de no concurrir, viciaría de nulidad radical las actuaciones (art. 238.1º LOPJ)”.

¹⁴⁸⁷ Considerando 8.

¹⁴⁸⁸ Artículo 60.1.

¹⁴⁸⁹ Considerando 9.

¹⁴⁹⁰ “El 16 de septiembre de 1988, los Estados miembros y los Estados de la AELC celebraron el Convenio de Lugano, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y

mercantil, paralelo al Convenio de Bruselas de 1968. Estos Convenios han sido objeto de revisión y el Consejo ha manifestado su acuerdo sobre el contenido del texto revisado”, precisa el considerando 5.

¹⁴⁹¹ Considerando 10.

¹⁴⁹² GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 228, con cita jurisprudencia menor, que afirman “creemos que es conveniente que los tribunales apliquen con mayor automatismo el principio de la sucesión universal”.

¹⁴⁹³ La Sección 261 de la Delaware GCL “*Effect of Merger Upon Pending Actions*”, señala: “*Any action or proceeding, whether civil, criminal or administrative, pending by or against any corporation which is a party to a merger or consolidation shall be prosecuted as if such merger or consolidation had not taken place, or the corporation surviving or resulting from such merger or consolidation may be substituted in such action or proceeding*”.

¹⁴⁹⁴ El NY Code Sección 906 señala “(b) When such merger or consolidation has been effected: (3) No liability or obligation due or to become due, claim or demand for any cause existing against any such constituent entity, or any shareholder, member, officer or director thereof, shall be released or impaired by such merger or consolidation. No action or proceeding, whether civil or criminal, then pending by or against any such constituent entity, or any shareholder, member, officer or director thereof, shall abate or be discontinued by such merger or consolidation, but may be enforced, prosecuted, settled or compromised as if such merger or consolidation had not occurred, or such surviving or consolidated corporation may be substituted in such action or special proceeding in place of any constituent entity”. En el mismo sentido pueden citarse, a título de ejemplo, California- Corporations Code, Section 1100-1113, que establece: “107 (...) (d) Any action or proceeding pending by or against any disappearing corporation may be prosecuted to judgment, which shall bind the surviving corporation, or the surviving corporation may be proceeded against or substituted in its place”; North Dakota Century Cod, Title 10, Corporations, Chapter 10-19.1, North Dakota Business Corporation act: (1) A claim of or against or a pending proceeding by or against a constituent organization may be prosecuted as if the merger did not take place, or the surviving organization may be substituted in the place of the constituent organization”; Revised Code of Washington (RCW), Title 23B RCW, Washington Business Corporation Act (RCW 23B.11.060), Effect of merger or share exchange: “(d) A proceeding pending against any corporation party to the merger may be continued as if the merger did not occur or the surviving corporation may be substituted in the proceeding for the corporation whose existence ceased”; Wisconsin Statutes Chapter 180 Business Corporations, Subchapter XI, Merger, Share exchange, and conversion, section 180.1106, Effect of merger or share exchange: “(d) A civil, criminal, administrative, or investigatory proceeding pending by or against any business entity that is a party to the merger may be continued as if the merger did not occur, or the surviving business entity may be substituted in the proceeding for the business entity whose existence ceased”; Wayomin Statutes, Title 17-Corporations, Partnerships and associations. Chapter 1 – Business Corporations, Section 7-16-1107. Effect of merger or share exchange: “(iv) All liabilities of each corporation or eligible entity that is merged into the survivor are vested in the survivor”, y Section 7-16-1113. Effect of consolidation: “(v) The new corporation has all the liabilities and obligations of each corporation party to the plan of consolidation. Any claim existing or proceeding pending by or against any corporation party to the plan of consolidation may be continued as if the consolidation did not occur or the new corporation may be substituted for the corporation whose existence ceased. Neither the rights of creditors nor any liens upon the property of any corporation party to the plan of consolidation shall be impaired by the consolidation”.

¹⁴⁹⁵ Que continúa: “El Secretario judicial dictará diligencia de ordenación por la que acordará la suspensión de las actuaciones y otorgará un plazo de diez días a la otra parte para que alegue lo que a su derecho convenga. Si ésta no se opusiere dentro de dicho plazo, el Secretario judicial, mediante decreto, alzará la suspensión y dispondrá que el adquirente ocupe en el juicio la posición que el transmitente tuviese en él. 2. Si dentro del plazo concedido en el apartado anterior la otra parte manifestase su oposición a la entrada en el juicio del adquirente, el tribunal resolverá por medio de auto lo que estime procedente. No se accederá a la pretensión cuando dicha parte acredite que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que pende una reconvencción, o si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa. Cuando no se acceda a la pretensión del adquirente, el transmitente continuará en el juicio, quedando a salvo las relaciones jurídicas privadas que existan entre ambos. 3. La sucesión procesal derivada de la enajenación de bienes y derechos litigiosos en procedimientos de concurso se regirá por lo establecido en la Ley Concursal. En estos casos, la otra parte podrá oponer eficazmente al adquirente cuantos derechos y excepciones le correspondieran frente al concursado”.

¹⁴⁹⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de Octubre de 2009.

¹⁴⁹⁷ MONTERO AROCA, J, GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILLAR, S, “Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil”, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 98 y 99.

¹⁴⁹⁸ Artículo 22.”Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio: 2) en materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos, los tribunales del Estado miembro en que la sociedad o persona jurídica estuviere domiciliada; para determinar dicho domicilio, el tribunal aplicará sus reglas de Derecho internacional privado”

¹⁴⁹⁹ Según el cual en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:”1.º Con carácter exclusivo, (...); en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos; en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español”.

¹⁵⁰⁰ Efectivamente: “Tal acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; o b) en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas; o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. 2. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”.

¹⁵⁰¹ Artículo 23.3.

10. LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE GRUPOS, SUBGRUPOS E INTRAGRUPO DE SOCIEDADES ANÓNIMAS (EMPRESAS POLICORPORATIVAS O POLISOCIETARIAS).

“En el designio de desplegar una acción empresarial de conjunto coinciden las sociedades multinacionales y los grupos de sociedades”¹⁵⁰², al extremo que la Sociedad Anónima Europea (SE), una de cuyas vías de constitución es mediante la fusión de sociedades anónimas, se califica de *“empresa multinacional europea”¹⁵⁰³*. Efectivamente, *“en las sociedades multinacionales y en los grupos de sociedades, la idea de dominación es razón de una filosofía propia. Lo que suponían antes las instrucciones internas relativas al modo de utilizar el poder concedido, alcanza ahora articulación organizadora sobremanera relevante; el mando societario redundaba en materialización y estructura conjugadora de una vinculación entre la sociedades dominada y las dominantes”¹⁵⁰⁴*.

Si *“el criterio de fondo de las multinacionales no es de estar representadas en múltiples naciones o regiones, sino estar presentes por sí mismas”¹⁵⁰⁵*, siendo el “desiderátum que las preside” la “omnipresencia”¹⁵⁰⁶, éste se logra con ventaja mediante la fusión transfronteriza de grupos de sociedades anónimas.

Circunstancia de acercamiento entre sociedades anónimas multinacionales y fusiones transfronterizas de grupos de sociedades anónimas, es que, en puridad, ni unas ni otros existen, se trata de una fórmula lingüística que pone de relieve la crisis generada por globalización económica y su contradicción con un mundo dividido en estados-nación. Cada sociedad anónima tiene una determinada nacionalidad, con la referencia a sociedades multinacionales se está aludiendo a un grupo societario en el que concurren sociedades con diferentes nacionalidades, pero el grupo, como tal, carece de nacionalidad¹⁵⁰⁷.

De la misma manera, el “grupo”, como tal, carece también de personalidad jurídica propia, diferenciada de la de sus miembros o sociedades anónimas componentes¹⁵⁰⁸, por ello no puede ser objeto, como tal grupo, de un proceso de fusión transfronteriza en sentido estricto. Ello, sin embargo, no impide que desde la perspectiva de la empresa, el grupo se deba considerar una empresa en sí mismo¹⁵⁰⁹. Cuestión diferente es la fusión transfronteriza intragrupo de sociedades anónimas, porque las sociedades anónimas que participan en esa fusión sí tienen personalidad jurídica diferenciada cada una de ellas, con una patrimonio propio, lo que permite que efectivamente se fusionen por más, que esa circunstancia determine, en determinados supuestos importantes, pero razonables, variaciones en el procedimiento de fusión.

10.1. Consideraciones fundamentales en torno a la fusión transfronteriza de grupos de sociedades anónimas.

El grupo de sociedades es una manifestación específica societaria y empresarial y *“tiene una singular importancia en el Derecho de sociedades desde hace años y al enfrentarnos con ellos nos encontramos con el hecho de que junto a la independencia que mantienen las sociedades del grupo se produce, al mismo tiempo, la pérdida de su autonomía económica, que origina que lleven una administración obediente a motivaciones e impulsos externos a cada sociedad que lo forma y constituyen un unidad bajo dirección unitaria”*¹⁵¹⁰. Como tal, la fenomenología de la fusión transfronteriza de grupos de sociedades anónimas presenta un singular interés de estudio a los efectos de la presente Tesis que se aborda seguidamente.

10.1.1. El grupo y su responsabilidad en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

“La propia dinámica comercial de la sociedad moderna, caracterizada por su complejidad y estimulante competitividad ha creado entre otras muchas figuras jurídicas, los denominados grupos de empresas, con notables incidencias en las varias ramas jurídicas: civil, mercantil, laboral, tributario, etc.

*Esto evidencia, una vez más, que el derecho siempre actúa a remolque de la realidad social, que suele desbordarle en imaginación y plasticidad, por lo que un gran número de instituciones jurídicas preexisten a su regulación, que, en gran parte, ha de limitarse a respetar su configuración y tratar de delimitar y encauzar las relaciones en ella surgidas. No otra cosa ha ocurrido con los denominados grupos de empresas que revisten modos sumamente complejos y variados, a causa de la riqueza de motivaciones de la vida real, tales como la necesidad de fortalecer la implantación en el mercado, introducirse en él ex novo, juntar esfuerzos o experiencias o conocimientos de todo tipo en un quehacer común más o menos amplio y más o menos dilatado en el tiempo, uniformar producciones con la rebaja consiguiente de gastos e infraestructuras o, con la intención de cubrir una serie de necesidades u obligaciones, incluso legales, que una determinada empresa tiene”*¹⁵¹¹.

El grupo de sociedades constituye una noción operativa y útil tanto en el ámbito del Derecho Mercantil (Económico¹⁵¹²) como Derecho Fiscal o del Derecho Social¹⁵¹³, aun cuando suelen utilizarse expresiones y matizaciones específicas que los diferencian. En aquellos tres ámbitos es relevante la noción de grupo de sociedades-empresas. No obstante cuando se contempla la dimensión empresarial sobresale la coincidencia en la noción pero divergencia en la delimitación del grupo empresarial, a efectos mercantiles y a efectos laborales, lo cual reviste una singular problemática dada la transcendencia que conlleva para las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

El régimen de los grupos, especialmente en el ámbito transfronterizo, *“ha de tener presente de modo principal su preocupación por proteger los intereses de los accionistas externos de las sociedades filiales y los acreedores del grupo”*¹⁵¹⁴, además de los de los propios trabajadores de cada una de aquellas sociedades filiales.

En cuanto al análisis de las fusiones transfronterizas de grupos de sociedades anónimas, en la perspectiva mercantil del grupo, dada su falta de personalidad jurídica diferenciada, inicialmente parece que bastaría con una remisión a la fusión en general puesto que las que se fusionan serán las sociedades que componen los diferentes grupos. En principio, las sociedades anónimas que componen el grupo son independientes (*“independencia jurídica de todas las entidades agrupadas”*), conforme se ha puesto nítidamente de manifiesto por reiterada jurisprudencia cuando se indica que los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son. Pudiéndose afirmar que existe, en términos generales, cierta unanimidad al sostener que se trata de una unidad empresarial resultante de la articulación funcional de diversas sociedades independientes y autónomas a través de su común sometimiento a una dirección económica unitaria ejercida por otra sociedad. En este sentido, los grupos de sociedades anónimas pueden considerarse como empresas policorporativas, es decir, un conjunto de unidades económicas de producción o de prestación de servicios cuya titularidad corresponde a múltiples sujetos de derecho, independientes entre sí desde una perspectiva jurídica, pero que actúan en el mercado siguiendo la citada dirección unitaria.

Efectivamente, *“cada una de las sociedades integradas en un grupo de sociedades tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un “patrimonio de grupo”, ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, (...), o que de justifiquen de otro modo el levantamiento del velo. Y el levantamiento del velo puede ser esgrimido por el tercero frente a quienes pretenden aprovechar una personalidad jurídica formalmente diferenciada para obtener consecuencias antijurídicas, normalmente fraudulentas, de esa separación formal, cuando esa diferenciación de personalidades jurídicas no responda a una justificación lícita. Pero no pueden ser las propias personas jurídicas integradas en el grupo las que, en un momento determinado, puedan “levantar el velo” y decidir que, frente a un tercero ajeno al grupo, es improcedente la diferenciación de su personalidad jurídica y que frente a él han de aparecer y ser consideradas como si de una sola persona jurídica se tratara”*¹⁵¹⁵. De tal manera que *“nuestro sistema reconoce la personalidad jurídica de las sociedades como centros de imputación de relaciones jurídicas, y si bien tanto la legislación como la jurisprudencia han reaccionado articulando mecanismos dirigidos a evitar que el respeto absoluto a dicha regla provoque disfunciones mediante la técnica del llamado “levantamiento del velo”, no son los propios socios los que pueden optar por utilizar la personalidad o desconocerla a su arbitrio”*¹⁵¹⁶.

En los supuestos de grupos de sociedades *“nos encontramos con el hecho de que junto a la independencia que mantienen las sociedades del grupo se produce, al mismo tiempo, la pérdida de su autonomía económica, que origina que lleven una administración que obedece a motivaciones e impulsos externos a cada sociedad que lo forma constituyendo una unidad bajo una dirección unitaria”*. No obstante, ni los grupos empresariales en general, ni los grupos de sociedades en particular,

ni los “empresarios-grupos de empresas”, cuentan en nuestro ordenamiento con una regulación jurídica sistemática que establezca un concepto general, no reconociéndoseles, consecuentemente, personalidad jurídica, bien que en ocasiones se regulen exclusivamente a ciertos y determinados efectos, atribuyéndoseles una limitada personificación jurídica¹⁵¹⁷.

La dificultad de regular los grupos de sociedades se debe, ante todo, a problemas estructurales asociados al dinamismo empresarial, con consecuencias redefinitorias del Derecho de sociedades, propios de una época de globalización económica¹⁵¹⁸. Efectivamente *“los grupos de empresas son un fenómeno cada vez más extendido en la sociedad de nuestro tiempo y revisten una complejidad en su estructuración que dificulta no sólo su regulación legal, sino, incluso, su propia caracterización o definición, ya que surgen como consecuencia de un proceso muy dinámico, en el marco de una economía de mercado cada vez más desregulada y en el que frecuentemente las normas jurídicas van a remolque de la realidad práctica”*¹⁵¹⁹.

Esa relativa personificación operante en ámbitos muy específicos, sin embargo, se complementa con otra circunstancia de carácter general, que es la delimitación de un patrimonio conjunto mediante el recurso a la obligación de consolidar cuentas. No se trata de que se personifique ese patrimonio, sino de que se determine para que pueda ser relevante en determinados supuestos, asumiendo todo el protagonismo responsable cuando se produce la hipótesis del “grupo patológico”, que se origina en dos supuestos: (i) aquellos casos en que el grupo se constituye con el propósito de defraudar o los acreedores o a terceros que entren en relación con alguna de las sociedades componentes del grupo en general, o se produce el efecto de lesionar aquellos intereses, aun cuando no haya previa intención de lesionarlos; (ii) a efectos laborales, perspectiva desde la que los grupos de empresas no siempre y por hipótesis se consideran patológicos. Pero, cuando ocurre, En esos supuestos se recurre a la técnica del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica y la responsabilidad es asumida por todo ese patrimonio grupal, con indiferencia de la sociedad anónima miembro del grupo a la que formalmente pertenezca, se rompe, en definitiva, el paradigma de la responsabilidad civil¹⁵²⁰.

En aquellos supuestos se produce un levantamiento del velo societario. Con carácter general, y con validez jurídica también general, *“debe señalarse que la doctrina del levantamiento del velo obtiene su fundamento primario en el plano normativo de la buena fe como expresión o contenido material de su configuración como principio inspirador de nuestro sistema de Derecho patrimonial (...). En este contexto, la estrecha conexión que guarda la doctrina del levantamiento del velo con la figura del abuso del derecho y con la noción del fraude de ley (...) viene a resaltar el fundamento primario expuesto en la medida en que ambas figuras constituyen formas típicas de un ejercicio extralimitado del derecho contrario al principio de buena fe; esto es, bien a los propios valores ínsitos en el derecho subjetivo ejercitado, o bien, a los que configuren el fin de la institución social en el que se ejercita, funcionalmente, el derecho subjetivo en cuestión. En nuestro caso, la defensa del principio de buena fe que debe presidir las relaciones mercantiles en orden a evitar que el abuso de la personalidad jurídica, como instrumento defraudatorio, sirva para burlarlos derechos de los demás”*¹⁵²¹.

Como ya hemos mencionado, cada una de las sociedades integradas en un grupo de sociedades tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un “patrimonio de grupo”, ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, (...), o que de justifiquen de otro modo el levantamiento del velo. Y el levantamiento del velo puede ser esgrimido por el tercero frente a quienes pretenden aprovechar una personalidad jurídica formalmente diferenciada para obtener consecuencias antijurídicas, normalmente fraudulentas, de esa separación formal, cuando esa diferenciación de personalidades jurídicas no responda a una justificación lícita. Pero no pueden ser las propias personas jurídicas integradas en el grupo las que, en un momento determinado, puedan “levantar el velo” y decidir que, frente a un tercero ajeno al grupo, es improcedente la diferenciación de su personalidad jurídica y que frente a él han de aparecer y ser consideradas como si de una sola persona jurídica se tratara¹⁵²².

Nuestro sistema reconoce la personalidad jurídica de las sociedades como centros de imputación de relaciones jurídicas, y si bien tanto la legislación como la jurisprudencia han reaccionado articulando mecanismos dirigidos a evitar que el respeto absoluto a dicha regla provoque disfunciones mediante la técnica del llamado “levantamiento del velo”, no son los propios socios los que pueden optar por utilizar la personalidad o desconocerla a su arbitrio.

Si se produce la fusión de las sociedades que componen el grupo, hay una concurrencia, suma o acrecimiento de garantías para los acreedores, demás terceros afectados y trabajadores, pero también para determinados socios. De ahí que no sea inoperante o intrascendente referirse a la fusión de grupos de sociedades anónimas, que comprende a su vez dos supuestos: (i) cuando se fusionan todas las sociedades pertenecientes a diferentes grupos de sociedades, en cuyo caso el patrimonio-grupo correspondiente quedará directa e inmediatamente afectado; o (ii) cuando se fusionan algunas sociedades pertenecientes a diferentes grupos, en cuyo caso si el grupo al que pertenezca una de las participantes en el proceso de fusión, se califica como “patológico”, todo el patrimonio-grupo quedará afectado respecto de acreedores, terceros y determinados socios.

En relación con los derechos y obligaciones respecto de los trabajadores de las sociedades de grupos participantes en el proceso de fusión, baste con reparar en que las principales normas de la Unión europea que regulan a fusión transfronteriza, la Directiva de Fusiones Transfronterizas, el Reglamento SAE, y la Directiva 2001/86/CE, del Consejo, por la que completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, establecen y refieren concretas consecuencias laborales, aludiendo a la sucesión de la sociedad resultante de la fusión en los derechos y

obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza, que se transferirán, en razón de este hecho, a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto, así como a la participación e implicación de los trabajadores en la sociedad anónima-empresa.

Ciertamente, de esa transmisión de los derechos y obligaciones (“sucesión de empresa”) ya se ha tratado, por lo que procede efectuar una remisión al epígrafe 8.2.3.1.5 y a sus correspondientes subepígrafes. Pero de lo que no se ha tratado es en qué medida la delimitación del grupo de empresas a efectos laborales, tiene consecuencias singulares en cuanto a la responsabilidad de todas las sociedades anónimas componentes del grupo frente a todos los trabajadores de todas las sociedades anónimas-empresas componentes del grupo, y especialmente, si no están los trabajadores vinculados directamente a un “centro de trabajo” de alguna de ellas. Escenario en el que operará la sucesión de empresa en la medida en que puedan ser considerados trabajadores del “grupo”.

10.1.2. Principales deberes del grupo en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

Afirmada la naturaleza contractual de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, que se aviene bien con la idea de que *“el contrato es una categoría fundamental del Derecho, que podemos encontrar en todos los ordenamientos jurídicos”*¹⁵²³, ha de afirmarse también que tanto el principio de confianza como el de buena fe son consustanciales con la fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Esta circunstancia despliega un conjunto de deberes/obligaciones que se resumen seguidamente.

10.1.2.1. El deber de comunicar la integración en un grupo.

Cuando una sociedad anónima que participa en una fusión transfronteriza pertenece un grupo de sociedades, está en el deber ético o moral de comunicar a los demás participantes en ese proceso de fusión semejante circunstancia, y ello con independencia de las regulaciones jurídicas sectoriales correspondientes que puedan existir y de los deberes de comunicación que se les impongan respecto de autoridades públicas de supervisión e incluso contrapartes.

Ese deber de confianza, en esa proyección comunicativa o informativa, es independiente de su establecimiento, con carácter general, en un determinado ordenamiento jurídico. El fin que se propone con el cumplimiento de aquél deber de comunicación o información es, fundamentalmente, el “conocimiento por parte de los socios y acreedores de la integración de la sociedad en un grupo”¹⁵²⁴ o de su separación o no pertenencia en el momento del proceso de fusión al grupo en el que se sabía integrada.

Además también se puede procurar mediante el deber jurídico de comunicación, que se le puedan aplicar, a la sociedad y a su grupo, “*las normas sobre grupos*”¹⁵²⁵, de derecho positivo, si las hubiere, o de elaboración jurisprudencial en otro caso, tal como la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo societario”. Efectivamente, el deber comunicativo al que nos venimos refiriendo, como manifestación concreta del deber de confianza, “*tiene un elemento componente de ética jurídica y otro que se orienta hacia la seguridad del tráfico. Uno y otro no se pueden separar*”¹⁵²⁶.

En las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, aquella vinculación de los dos aspectos, es sumamente fuerte, al extremo de que no se pueden separar por dos razones, la primera es que en el tráfico transnacional, la seguridad jurídica tiene como componente básico la ética jurídica y no la eventual sanción que pueda establecer para su contravención uno u otro ordenamiento estatal, cuya eficacia en ese ámbito será seriamente cuestionable, y, a su vez, un comportamiento adecuado a los cánones de ética jurídica generalmente admitidos en el tráfico, genera automáticamente seguridad jurídica.

La otra apoyatura del tal deber comunicativo o informativo en el principio de buena fe, es incontrovertible. Efectivamente “el Derecho de contratos no sólo rige la ejecución de obligaciones contractuales en particular, sino que determina también la originación de múltiples y variados deberes accesorios, impuestos por el fin del contrato o por el respeto de los intereses de la otra parte, así como deberes de auxilio y lealtad. Y ello ocurre también antes de la conclusión del contrato, en la fase de tratos previos, de negociaciones y de preparación del contrato”¹⁵²⁷, de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Se precisa que ese deber comunicativo o informativo ha de pesar no solamente sobre los administradores de la sociedad que participa en el proceso de fusión transfronteriza, sino también sobre los administradores de la sociedad dominante, y en su dimensión correspondiente a la ejecución del principio de buena fe mantiene una relación inmediata con la doctrina del levantamiento del velo. En otra línea jurisprudencial interpretativa de aquel precepto legal, de índole más teleológica, asume un gran protagonismo la búsqueda de la indemnidad de los trabajadores, bien mediante al recurso del levantamiento del velo bien mediante la metodología general de “*la primacía de la realidad*”¹⁵²⁸, bien a través de la implantación de una responsabilidad solidaria de los miembros el grupo¹⁵²⁹, de tal manera que, cumplido o incumplido dará lugar a la responsabilidad del grupo y especialmente al de la sociedad dominante, y sin que la eventual constancia de esas circunstancias en un Registro público (mercantil)¹⁵³⁰ exonere del cumplimiento de ese deber en la concreta fusión transfronteriza de que se trate.

A los anteriores efectos, es relevante resaltar que la doctrina del levantamiento del velo obtiene su fundamento primario en el plano normativo de la buena fe como expresión o contenido material de su configuración como principio inspirador del sistema de Derecho patrimonial. En este contexto, la estrecha conexión que guarda la doctrina del levantamiento del velo con la figura del abuso del derecho y con la noción del fraude de ley viene a resaltar el fundamento primario expuesto. Ambas figuras constituyen formas típicas

de un ejercicio extralimitado del derecho contrario al principio de buena fe, de tal modo que la defensa del principio de buena fe que debe presidir las relaciones mercantiles en orden a evitar el abuso de la personalidad jurídica, mediante el establecimiento de un deber de comunicación, conforme se ha expuesto, cobra una importante relevancia.

10.1.2.2. La defensa del interés social.

Los administradores de cada una de las sociedades anónimas que componen el grupo, en principio, deben velar por los intereses de la(s) sociedad(es) que administren, lo cual puede compaginarse mal con los intereses del grupo, ya que, por lo general, no serán plenamente coincidentes. No obstante en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, esa problemática pierde dramatismo en la medida en que generalmente “*habrá compatibilidad del interés social de la sociedad dominante con el interés del grupo*”¹⁵³¹. Cuestión diferente es el supuesto en que participe(n) en el proceso de fusión solamente alguna(s) sociedad(es) del grupo, en cuyo caso la disonancia de intereses puede ser importante, confrontándose intereses a corto plazo, de la(s) sociedades del grupo que participan en el proceso de fusión, y a largo plazo, de las que componen el grupo que subsiste como tal.

No parece que en tales supuestos los administradores de la sociedad dominante puedan impartir instrucciones a los homónimos de las sociedades dominadas, que son parte en el proceso de fusión, contrarias los intereses de éstas, aun cuando sean favorables a los intereses de las demás componentes del grupo a largo plazo, pues esas sociedades se extinguen y los intereses de sus accionistas se confunden con los del nuevo grupo en el que, en su caso, se integren.

Con esa participación parcial del grupo en el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, se rompe el “interés común” del grupo. Por ello, si las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante han causado daños al interés de las sociedades participantes en el proceso de fusión han de ser evaluados y reparados, y sus accionistas “externos”¹⁵³² y acreedores deberán percibir la correspondiente compensación, por parte de esa sociedad dominante, al margen del proceso de fusión. Igualmente, también los trabajadores deberán, en su caso, ser compensados, tomando en consideración que la mera “sucesión de empresa”, en relación con aquellos trabajadores respecto de los que sea predicable, no constituye para ellos “compensación” alguna. En éstos supuestos parece que debería reconocerse a los accionistas el derecho de separación y los *appraisal rights*, extremo en el que nos remitimos a lo indicado en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.

10.1.2.2. La defensa o protección de los socios externos y de los acreedores sociales.

La tutela de los acreedores de las sociedades que participan en el proceso de fusión tiene una reconocida protección en el mismo procedimiento de fusión. No obstante, la

presencia del grupo genera interferencias de tal dimensión que altera fundamentalmente aquellos mecanismos de protección¹⁵³³. La cuestión se residencia en el pago o garantía del pago de las deudas de la dominada por la sociedad dominante, apreciándolo como una modalidad específica de “levantamiento del velo”, por razón precisamente de la relación de dominación, responsabilidad que sería solidaria dadas las características de aquella doctrina legal.

Son los principios de buena fe y de confianza los que demandan semejante protección. Se parte de que la pertenencia al grupo no solo es conocida sino que constituye un deber legal con transcendencia Registral. La razón está en que *“el ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla”*¹⁵³⁴; se protege la apariencia¹⁵³⁵. La, sociedad dominante, como tal y en esa condición, está obligada frente a los acreedores de la dominada, en una singular modalidad vicaria¹⁵³⁶, por el principio de buena, según el cual *“una confianza despertada de modo imputable debe ser mantenida, cuando efectivamente se ha creído en ella. La suscitación de la confianza es “imputable” cuando el que la suscita sabía o tenía que saber que el otro iba a confiar. En esta medida, es idéntico al principio de confianza. Sin embargo lo sobrepasa y va más allá”*¹⁵³⁷.

Serían múltiples la diversidad de derechos e intereses privados que podrían resultar vulnerados por el abuso de la personalidad jurídica. En todo caso la doctrina del levantamiento del velo resultará especialmente útil para la protección de los derechos de crédito de socios, terceros, trabajadores¹⁵³⁸, y a su necesario entronque con el plano de la responsabilidad patrimonial del deudor. Responsabilidad que se amplía al grupo, evitando que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar el legítimo pago de la deudas existentes. La aplicación de la citada doctrina, con una finalidad concorde al conjunto de facultades y acciones que tienen como función facilitar la efectividad del derecho de crédito, permite proteger los citados intereses ante determinadas situaciones en donde la garantía patrimonial del deudor pueda resultar vulnerada (“cobrar aquello que debe”).

10.1.3 Noción y delimitación del grupo de sociedades anónimas a efectos de fusiones transfronterizas.

La noción de grupo es básicamente mercantil pero, sin embargo, no es idéntica su delimitación en todo el ámbito del Derecho, ni siquiera en el correspondiente al derecho privado relativo a la empresa, que es el que especialmente interesa, siendo destacable la diferencia entre la noción de grupo a efectos mercantiles y a efectos laborales, y su problemática resulta especialmente relevante en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas¹⁵³⁹. Un análisis donde se recogen las principales diferencias conceptuales se expone seguidamente.

10.1.3.1. El grupo mercantil de sociedades anónimas.

Es fundamental la perspectiva mercantil del “grupo”, porque la primera dificultad que aparece al tratar sobre la fusión transfronteriza de grupos de sociedades anónimas es que éstos aparecen y se presentan como una alternativa a la fusión de sociedades¹⁵⁴⁰. Consecuentemente, es necesario efectuar una breve referencia a los grupos de sociedades anónimas, para destacar las similitudes y las diferencias entre la fusión transfronteriza de sociedades anónimas y el grupo transfronterizo o multinacional de sociedades anónimas como técnicas diferentes de concentración económica¹⁵⁴¹, singularmente relevantes cuando en la referencia al grupo se sustituye “dominación” por “integración”¹⁵⁴². Pero también para advertir que pueden ser concurrentes en cuanto que no necesariamente excluyentes.

Puede diferenciarse entre concentraciones primarias, que se caracterizan por el incremento de la dimensión de la empresa debido a la incorporación de los activos patrimoniales de otras empresas que desaparecen, y concentraciones secundarias, cuya caracterización deviene por la integración de las empresas en redes o estructuras más amplias en las que mantienen su individualidad jurídica pero se someten a una dirección unitaria externa a ellas mismas. Aquella segunda fórmula de concentración empresarial, es predominante por los límites financieros, administrativos y legales que afectan a las concentraciones primarias. *“El fenómeno de los grupos de (empresas) -oscurecido durante los años sucesivos llamados “años de fusiones”- es una realidad, de intensidad creciente, aunque no siempre manifestada formalmente por su propia estructura, ya que son uno de los instrumentos adecuados para responder a los retos planteados por el desarrollo de la economía moderna”*¹⁵⁴³.

El “grupo” se caracteriza por la existencia de una pluralidad de entidades que cumplen los requisitos¹⁵⁴⁴ de independencia jurídica y unidad de dirección económica. Esto es, lo realmente determinante para considerar existente un grupo de sociedades *“no es que se trate de varias sociedades que actúan conjuntamente en grupo con sujeción a lo previsto en la ley, sino la demostración de que existen varias entidades -con personalidad propia y separada- que interesadamente intervienen en el tráfico, distribuyendo entre ellas derechos y obligaciones en la forma que estiman más conveniente para sus intereses con posible perjuicio para terceros”*¹⁵⁴⁵.

Consiguientemente son notas definitorias del grupo, un *“elemento subjetivo, entendido como una pluralidad de empresarios, individuales o sociales independientes”*¹⁵⁴⁶, un *“elemento instrumental, entendido como el instrumento de obtención del poder de dirección, que suele ser el control o el vínculo contractual”*, y un *“elemento funcional, que es la dirección unitaria del grupo”*¹⁵⁴⁷. Por ello, se insiste en la necesidad de “construir” la *“figura del grupo, en el sentido menos dogmático de la palabra, dada su diversidad morfológica y estructural, (y) así perfilar equilibradamente su régimen jurídico (...) Esa tarea de construcción conceptual y determinación del régimen jurídico pasa (...) por un recto entendimiento de lo que el grupo es, como empresa articulada, y por lo que representa en la economía contemporánea, (...) se hace preciso dar estabilidad y seguridad jurídica a su formación y funcionamiento, reconociendo la vigencia del interés singular del grupo y su primacía frente a los propios de las sociedades que lo componen”*¹⁵⁴⁸. Amplitud conceptual reclamada que no es óbice para poder afirmar que determinadas estructuras empresariales complejas, aun cuando conforman auténticos grupos

empresariales, no son propicias para devenir en “empresarios-grupos de empresas”, muy al contrario se regulan normativamente y se proyectan precisamente para excluir la personificación o trascendencia jurídica del grupo¹⁵⁴⁹.

El carácter “transversal” de la noción de grupo, en el ámbito de las distintas “ramas” del Derecho¹⁵⁵⁰, no excluye que predominantemente se ubique en sede de Derecho Mercantil (Económico), circunstancia que pone de manifiesto la jurisprudencia¹⁵⁵¹ cuando afirma que “la cuestión primordial que se plantea es la de configurar lo que en la terminología mercantilista se conoce por “*grupo de sociedades*” y que lleva inevitablemente a considerar operante un “*concepto amplio*” de grupo de sociedades en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas¹⁵⁵². Supone una forma de vinculación empresarial más intensa que las uniones consorciales, sindicatos y cárteles, pudiendo considerarse el “grupo” integrado por el “*conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria*”.

Así pues, el grupo societario, a efectos de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, se caracteriza por dos elementos: (i) la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial (mantienen la titularidad del patrimonio) cuanto en el organizativo (se estructuran por sus propios órganos); y (ii) la dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, pero que en todo caso ha de alcanzar a las decisiones financieras (política empresarial común), bien sea en términos de control (grupos verticales o de subordinación) bien en los de absoluta paridad (grupos horizontales o de coordinación).

El componente fundamental, y de dificultosa precisión, es pues el elemento de “dirección unitaria”. No bastando para apreciar su existencia, y la consiguiente del grupo, la simple situación de control o dependencia societaria (por la titularidad de las acciones o participaciones sociales; y por la identidad de los miembros de órganos de administración), sino que es preciso que “*la sociedad dominante ejerza de forma decisiva su influencia, imponiendo una política empresarial común*”. La unidad de dirección (“*poder de dirección y unidad de decisión*”¹⁵⁵³) económica se considera, por la jurisprudencia, determinante de la existencia del grupo¹⁵⁵⁴, de tal manera esa dirección unitaria de varias entidades “*será determinante de la existencia del grupo*”¹⁵⁵⁵.

Para colmar la falta de regulación normativa de los grupos de sociedades, determinadas protecciones y garantías para los terceros y acreedores se ha ido abriendo camino dificultosamente, mediante el recurso a diferentes técnicas¹⁵⁵⁶, sobre la base de argumentos de equidad. En los sistemas regulatorios existentes se pueden distinguir los dos modelos básicos, regulación parcial y regulación global o general.

Mediante el primer modelo se pretenden disciplinar problemáticas concretas acudiendo a los institutos jurídicos clásicos del derecho de sociedades (abuso de la mayoría, los principios cardinales del interés social y la autonomía patrimonial, doctrina general de la

solidaridad mercantil, etc.) o de derecho privado general (“levantamiento del velo”, “empresario oculto”, “socio tirano”, “agency”, etc.).

El segundo modelo es diferente y manifiesta evidentes ventajas, de todo orden, al modelo de regulación parcial, por lo que ha sido generalmente adoptado, habiéndose orientado en una doble coordenada, a saber una primera, consiste en “*legitimar el ejercicio de un poder de dirección de la sociedad madre sobre la sociedades integrantes del grupo, y establecer la primacía de los intereses del grupo en cuanto unidad económica sobre los intereses individuales de las sociedades que lo componen*”¹⁵⁵⁷, y una segunda, que “*actúa como contrapeso de la anterior*”¹⁵⁵⁸, orienta la regulación hacia la protección de las sociedades integrantes del grupo, de sus socios y de los acreedores sociales “*cuya situación jurídica haya resultado afectada como consecuencia de las distorsiones originadas por la legitimación de tal situación de dependencia intersocietaria*”¹⁵⁵⁹.

La regulación jurídica de los grupos societarios ha implicado “*un progreso indudable dentro del Derecho de sociedades*”¹⁵⁶⁰, constituyéndose en un paradigma cuya “exportación” a los grupos empresariales en general es procedente (“grupos de empresa, sociedades o grupos empresariales”¹⁵⁶¹), pero los criterios para su ordenación son discutibles¹⁵⁶². Punto en el que ha de repararse en que la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles¹⁵⁶³ (PCSM), no nato, dedicaba su Libro VII a las “uniones de sociedades”, estableciendo una “noción de grupo de sociedades” en su artículo 590, cuya dicción literal era la siguiente: “*existe un grupo de sociedades cuando una sociedad está sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resultan sometidas al poder de dirección de una misma persona jurídica o de varias personas que actúan sistemáticamente en concierto*”¹⁵⁶⁴.

Aquella definición obedecía, según se ha destacado a que “*el primer problema que se ha de afrontar es el de (su) delimitación (...), con referencia al poder de dirección unitaria, como supuesto de hecho al que se ha de aplicar el Derecho especial de grupos de sociedades*”¹⁵⁶⁵. Consecuentemente era preciso en aquella propuesta normativa hacer una referencia a los casos en los que se consideraba que, “*por existir ese poder de dirección unitaria sobre varias sociedades, nos hallamos ante un grupo*”¹⁵⁶⁶. Esa referencia precisamente se llevaba a efecto en el artículo 591 PCSM, según el cual se consideraba que existía poder de dirección, tanto cuando se pudiese ejercer la mayoría de los derechos de voto en la Junta o Asamblea de una sociedad, o se tuviese la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, como cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la persona jurídica dominante. Añadiéndose que, salvo prueba en contrario, se presumiría la existencia de poder de dirección cuando una sociedad hubiese incluido en su denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio registrado a nombre de esta o de cualquiera otra sociedad perteneciente al grupo, o hubiera hecho constar, en la documentación o en cualquier clase de publicidad, su pertenencia al grupo. En esa legislación proyectada, como manifestación explícita del poder de dirección se hacía referencia a la facultad de los administradores de la sociedad dominante de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la(s) sociedad(es) dominada(s) aunque esas instrucciones pudieran causar daño a ésta(s)

sociedad(es) (artículo 594 PCSM), y a que en caso de causación de daños por seguir esas instrucciones, la sociedad dominante debería “*abonar una compensación adecuada*” (artículo 595.1 PCSM)¹⁵⁶⁷.

Es en sede del Derecho Mercantil Contable, cuyo reconocimiento jurídico positivo es reciente en nuestro ordenamiento, por más que ya contara con una larga tradición dogmática¹⁵⁶⁸, donde puede encontrarse una regulación específica, relevante y significativa de los grupos empresariales, y de la cual puede obtenerse una noción general de “grupo de empresas”, considerándose que “*existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras*” (artículo 42.1 C.Com.)¹⁵⁶⁹ y efectuándose una clasificación de grupos con indudable transcendencia financiera¹⁵⁷⁰. Aquel concepto se construye a partir de la obligación de consolidación de cuentas¹⁵⁷¹ y de las nociones de “combinación de negocios”¹⁵⁷² y de “negocios y acuerdos conjuntos”. De ahí la oportunidad de referirse al mismo como “conjunto” de empresas que lleva a cabo una “*una empresa económica*” y cuyos “elementos” definen por cumplir la propiedad de “*ser empresarios y estar sometidos a una dirección unitaria*”.

No es irrelevante esa ubicación de la noción de grupos de sociedades, porque mediante la presentación de unos estados financieros y contabilidad unificada, que se logra a través de la imposición de la obligación de consolidación de cuentas, se actualiza de forma convincente el modelo jurídico general de los grupos de sociedades, que jurídicamente se orienta en un doble dirección, englobadora tuitiva, al propio tiempo, en cuanto por una parte supone reconocer al grupo y legitimar su existencia, y, por otra parte, simultáneamente, al propio tiempo, ofrecer explícita protección a socios, acreedores y trabajadores de todas las sociedades dependientes¹⁵⁷³. Consecuencia de aquel planteamiento, y con indudable transcendencia para la construcción de la noción de grupo de sociedades, en orden a las finalidades antes descritas, es tanto la atribución de carácter subordinado¹⁵⁷⁴ a los créditos de las sociedades del grupo, en caso de concurso de una de ellas¹⁵⁷⁵, como el tratamiento deparado en materia de despidos colectivos que se produzcan en una de las sociedades del grupo¹⁵⁷⁶.

Definiéndose de los estados financieros consolidados de la siguiente manera: “*Estados financieros de un grupo en el que los activos, pasivos, patrimonio neto, ingresos, gastos y flujos de efectivo de la dominante y sus dependientes se presentan como si se tratase de una sola entidad económica*”¹⁵⁷⁷ y “*estados financieros separados son los presentados por una dominante (esto es, un inversor con control sobre una dependiente) o un inversor con control conjunto, o influencia significativa, sobre una participada*”¹⁵⁷⁸. La sociedad “dominante” o “matriz” será la obligada a formular los estados financieros consolidados, incluso en el supuesto singular de la “consolidación inversa”¹⁵⁷⁹, en el que se diferencia el plano legal, del que resulta la obligación legal de formular cuentas anuales consolidadas que correspondería a la sociedad dominante “adquirida” que controla a la dependiente “adquirente”, y el plano económico, en el que el método de adquisición debe acomodarse al fondo económico de la operación y establecer un tratamiento contable amparado en los mismos razonamientos incluidos en la norma de registro y valoración

según la normativa sobre “combinaciones de negocios” del Plan General de Contabilidad¹⁵⁸⁰.

El grupo de sociedades, a los únicos efectos de la consolidación de cuentas, “*está formado por la sociedad dominante y todas las sociedades dependientes*”, matriz y filiales en terminología del Derecho de la Unión Europea, siendo “*sociedad dominante aquella que ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras, que se calificarán como dependientes o dominadas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social*”, entendiéndose que “*por control el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de una entidad, con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades*”¹⁵⁸¹. Se definen las combinaciones de negocios¹⁵⁸² “*como aquellas operaciones en las que una empresa adquiere el control de uno o varios negocios*”, siendo “*un negocio es un conjunto integrado de actividades y activos susceptibles de ser dirigidos y gestionados con el propósito de proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos directamente a sus propietarios o partícipes y control es el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades*”. Las combinaciones de negocios, en función de la forma jurídica empleada, pueden originarse como consecuencia de una fusión”¹⁵⁸³.

No se confunden las combinaciones de negocios con los “negocios y acuerdos conjuntos”, cuya noción es la siguiente: “*un acuerdo conjunto es un acuerdo en el que dos o más partes ostentan el control conjunto. Control conjunto es el control compartido de un acuerdo, en virtud de un acuerdo contractual, y solo existirá cuando las decisiones sobre las pertinentes actividades requieran el consentimiento unánime de todas las partes que comparten el control. Un negocio conjunto es un acuerdo conjunto en el que las partes que poseen el control conjunto de dicho acuerdo ostentan derechos sobre los activos netos de este. Un partícipe en un negocio conjunto es cada una de las partes implicadas en un negocio conjunto que tiene control conjunto sobre el mismo. Influencia significativa es el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la participada, sin llegar a tener el control ni el control conjunto de esas políticas*”¹⁵⁸⁴. Debe destacarse que “*un acuerdo conjunto es un acuerdo del que dos o más partes ostentan el control conjunto*”¹⁵⁸⁵, que “*presenta las características siguientes: (a) Las partes se encuentran vinculadas a través de un acuerdo contractual; (b) El acuerdo contractual otorga a dos o más de esas partes el control conjunto del acuerdo*”. Precisiéndose que “*un acuerdo conjunto es una operación conjunta o un negocio conjunto*” y que “*control conjunto es el control compartido de un acuerdo, en virtud de un acuerdo contractual, y solo existirá cuando las decisiones sobre las actividades relevantes requieran el consentimiento unánime de todas las partes que comparten el control*”¹⁵⁸⁶.

Un grupo es, pues, una “*sola entidad económica*”¹⁵⁸⁷, por ello “*en los estados financieros consolidados figurarán el activo, el pasivo, la situación financiera y los resultados de las empresas incluidas en la consolidación como si se tratara de una sola empresa*”¹⁵⁸⁸, por ello “*se suprimirán de los estados financieros consolidados los elementos siguientes: a) las deudas y créditos entre las empresas; b) los ingresos y gastos referentes a las operaciones efectuadas entre las empresas y c) las ganancias y las pérdidas que resulten de las operaciones entre las empresas, cuando se incluyan en el valor contable del activo*”¹⁵⁸⁹, efectuándose eliminaciones de partidas intragrupo y resultados¹⁵⁹⁰. Toda sociedad matriz o dominante de un grupo de sociedades está obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados. No obstante “*los pequeños grupos deben estar exentos de la obligación de preparar*

estados financieros consolidados, ya que los usuarios de los estados financieros de las pequeñas empresas no tienen necesidades de información complejas, y puede resultar costoso elaborar tales documentos, además de los estados financieros anuales de la sociedad matriz y de las filiales. Los Estados miembros deben poder eximir a las pequeñas y medianas empresas de la obligación de elaborar estados financieros consolidados por los mismos motivos de relación coste-beneficio, a menos que la empresa ligada sea una entidad de interés público”¹⁵⁹¹.

Según el artículo 42 C.Com. “*toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados*”, considerándose que “*existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras*”. De tal manera que “*en los estados financieros consolidados deben presentarse las actividades de una sociedad matriz y de sus filiales como si se tratara de una sola entidad económica (un grupo). Las empresas controladas por la sociedad matriz deben considerarse filiales de la misma. El control se basará en la titularidad de una mayoría de los derechos de voto, pero también podrá existir en los casos en que existan acuerdos con accionistas o socios. En ciertas circunstancias, podrá ejercerse un control efectivo cuando la sociedad matriz sea titular de una proporción minoritaria de acciones o no sea titular de ninguna acción de la filial. Los Estados miembros deben estar facultados para exigir que las empresas no sujetas a control, pero que se hallen bajo una dirección única o estén sometidas a un órgano de administración, dirección o supervisión común, se incluyan en los estados financieros consolidados*.”¹⁵⁹² Exigiendo la consolidación “*la inclusión plena de los elementos del activo y del pasivo y de los ingresos y gastos de las empresas pertenecientes a un grupo, la publicación separada de las participaciones no dominantes en el balance consolidado en la partida de “Capital y reservas” y la publicación separada de las participaciones de tal índole en la partida de “Pérdidas y ganancias” del grupo en las cuentas de pérdidas y ganancias consolidadas*”¹⁵⁹³.

En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: (i) posea la mayoría de los derechos de voto; (ii) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; (iii) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto; (iv) haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores¹⁵⁹⁴. Pero también existen otros supuestos de control¹⁵⁹⁵, así cuando la sociedad matriz tiene el “*derecho a ejercer una influencia dominante sobre una empresa (empresa filial), de la que es accionista o socia, en virtud de un contrato celebrado con ella o en virtud de sus estatutos o de una cláusula estatutaria de esa empresa, cuando el Derecho del que dependa la empresa filial permita que quede sujeta a tales contratos o cláusulas estatutarias*”, no siendo necesario exigir que la empresa matriz sea accionista o socia de su empresa filial¹⁵⁹⁶. De tal manera que la idea de la “*dominación adquiere valor constitutivo formal legalmente explícito al tratarse de los grupos de sociedades*”¹⁵⁹⁷, lo que no impide que se pueda “*exigir que las empresas no sujetas a control, pero que se hallen bajo una dirección única o estén sometidas a un órgano de administración, dirección o supervisión común, se incluyan en los estados financieros consolidados*”¹⁵⁹⁸.

Debe repararse en que a los efectos de la constitución del grupo consolidable, “a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona” (artículo 42.1.d, segundo párrafo, C.Com.)¹⁵⁹⁹. Ciertamente “unidad de dirección” y “dirección única” no significan lo mismo, así queda de manifiesto en la regulación legal al establecerse que puede exigirse la consolidación de cuentas cuando la sociedad matriz puede ejercer o ejerce efectivamente una influencia dominante o el control sobre otra empresa (empresa filial), o la sociedad matriz y otra empresa (la empresa filial) se hallan bajo la dirección única de la sociedad matriz¹⁶⁰⁰. No obstante, la regulación legal tiende, de hecho, a hacerlas converger, circunstancia que se manifiesta se indica que se entenderá existente el grupo “en particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta”, o que existe obligación de consolidar cuando “la sociedad matriz es accionista o socia de una empresa, y la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de supervisión de la otra empresa (empresa filial), en función durante el ejercicio, durante el ejercicio anterior y hasta el establecimiento de los estados financieros consolidados, han sido nombrados por efecto del mero ejercicio de sus derechos de voto”¹⁶⁰¹.

Se alude a “otras sociedades que intervienen en la consolidación”, en relación con las sociedades asociadas y multigrupo. La cuestión se traslada si deben integrarse en la noción de grupos de sociedades. Estas sociedades no se incluyen en al “conjunto consolidable”, pero sí en el “perímetro de la consolidación”¹⁶⁰², por ello y a pesar de que la norma de derecho contable no conforman parte del grupo que, a efectos del derecho contable, está formando únicamente “por la sociedad dominante y todas las sociedades dependientes”, las “sociedades multigrupo” y las “sociedades asociadas” debe considerarse que forma parte de correspondiente grupo mercantil de sociedades. Ha de repararse en que se consideran sociedades multigrupo “aquellas sociedades, no incluidas como sociedades dependientes, que son gestionadas por una o varias sociedades del grupo con otra u otras personas ajenas al mismo, ejerciendo el control conjunto”, considerándose que “existe control conjunto sobre otra sociedad cuando, además de participar en el capital, existe un acuerdo estatutario o contractual en virtud del cual las decisiones estratégicas, tanto financieras como de explotación, relativas a la actividad requieran el consentimiento unánime de todos los que ejercen el control conjunto de la sociedad”¹⁶⁰³.

A su vez, tienen la consideración de sociedades asociadas aquéllas en las que alguna o varias sociedades del grupo ejerzan una influencia significativa en su gestión, estimándose que “existe influencia significativa en la gestión de otra sociedad, cuando se cumplan los dos requisitos siguientes: a) Una o varias sociedades del grupo participen en la sociedad; b) Se tenga el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la participada, sin llegar a tener el control, ni el control conjunto de la misma”, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que existe influencia significativa cuando una o varias sociedades del grupo posean, al menos, el 20 por 100 de los derechos de voto de una sociedad que no pertenezca al grupo, asimismo “teniendo participación en la sociedad la existencia de influencia significativa se puede evidenciar a través de

*cualquiera de las siguientes vías: a) Representación en el consejo de administración u órgano equivalente de dirección de la sociedad participada; b) Participación en los procesos de fijación de políticas, entre las que se incluyen las decisiones sobre dividendos y otras distribuciones; c) Transacciones de importancia relativa con la participada; d) Intercambio de personal directivo; o e) Suministro de información técnica esencial*¹⁶⁰⁴.

En los grupos de sociedades “nos encontramos con el hecho de que junto a la independencia que mantienen las sociedades del grupo se produce, al mismo tiempo, la pérdida de autonomía económica, que origina que lleven una orientación obediente a motivaciones e impulsos externos a cada sociedad que lo forma constituyendo una unidad bajo una dirección unitaria”¹⁶⁰⁵. El grupo “puede definirse como la organización de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección económica unitaria”¹⁶⁰⁶ destacándose que los elementos básicos de esa conceptualización son dos, por una parte la independencia jurídica de las sociedades que forman parte del grupo, y, por otra parte la unidad de la dirección económica a que la que obedecen las sociedades del grupo¹⁶⁰⁷. El resultado es que los grupos societarios manifiestan la tensión de constituir en el orden económico o pragmático una sola empresa, en tanto en el orden jurídico supone la existencia de diferentes patrimonios con diferentes titulares, que disfrutan de plena personalidad jurídica independiente. Se genera así una paradoja con la estructura dominativa que fundamenta los grupos de sociedades, consistente en “dominar en una dirección unitaria, pero mediante sujetos múltiples los cuales se presentan con plenitud de personalidad”¹⁶⁰⁸.

Su tipología es variada¹⁶⁰⁹, debiendo resaltarse que a efectos de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas no es indiferente a la que responda el grupo de sociedades, si atendemos a la diferenciación entre grupos paritarios o por coordinación, en el que ninguna sociedad está dominada por otra, por lo que el ejercicio de la dirección unitaria ha de establecerse en los propios pactos, acuerdos, o documento contractual de constitución del grupo¹⁶¹⁰, y grupos jerárquicos o por subordinación, en el que se da una relación de dominio o control jerárquico. Ciertamente el ejercicio de la dirección unitaria no puede ser determinado en exclusiva por la existencia de una sociedad dominante, pudiendo resultar del “resultado del acuerdo libre de las sociedades que deciden agruparse”¹⁶¹¹. Ciertamente los modelos de dominación son variables, tanto en su expresión como denominación, van desde el “contrato de dominación” a la “participación mayoritaria”, siendo no obstante el modelo común o predominante el que se centra en la participación accionarial. Generalmente aquella dirección unitaria se establece jerárquicamente¹⁶¹², pues en otro caso su articulación es difícil, lo cual no deja de tener transcendencia a efectos de fusiones transfronterizas de grupos de sociedades anónimas.

La circunstancia de que el control no se manifieste siempre de la misma manera, pudiendo diferenciarse entre control orgánico o jurídico y control económico (control “interno” y “externo”), va a tener consecuencias relevantes en relación con las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, al entenderse que en el control orgánico o jurídico (“interno”) el poder se ejerce mediante los órganos de la sociedad dependiente, en tanto que en el caso de control económico (“externo”) en control se efectúa mediante relaciones contractuales sin que intervengan, de manera necesaria, los órganos de la sociedad dependiente, dudándose incluso si en este segundo supuesto puede hablarse de la existencia

de un grupo de sociedades, al haber optado nuestra regulación legal por el concepto jurídico¹⁶¹³, lo que se matiza en la regulación del Derecho de la Unión Europea, cuando establece la obligación de consolidar cuentas de aquella sociedad (sociedad matriz) que tiene “influencia dominante” en virtud de “contratos” sin ser accionista o socia de la sociedad dominada o filial¹⁶¹⁴. En esa perspectiva cabe concluir que la regulación de los grupos de sociedades en el artículo 18 LSC, es sucinta e incompleta, limitándose a proporcionar un concepto de grupo y de sociedad dominante¹⁶¹⁵, estableciendo que, a los efectos de aquella ley, “*se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras*”.

10.1.3.2. El grupo de sociedades anónimas a efectos laborales.

En el campo del Derecho del Trabajo nacional y comunitario, las dificultades probatorias y la seguridad jurídica excluyen la exigencia del ejercicio efectivo de la dirección unitaria y se satisfacen con la mera posibilidad de dicha dirección común, atendiendo a la existencia de control societario. En el ámbito de la empresa se diferencian el grupo mercantil del grupo laboral o social¹⁶¹⁶. Así se afirma que “*el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral*¹⁶¹⁷, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores¹⁶¹⁸, configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades”¹⁶¹⁹. Faltan en todos ellos una regulación sistemática y sustantiva del mismo, que le otorgue personalidad jurídica propia y diferenciada de sus miembros¹⁶²⁰, pero el concepto de grupo a efectos laborales presupone la existencia del grupo definido desde la perspectiva mercantil¹⁶²¹, de manera que si existente un grupo mercantil, este desaparece (p. e. j., por segregación), no parece que pueda ya aludirse a grupo a efectos laborales¹⁶²². Así pues el “grupo patológico de empresas laboral” presupone que: (i) “*el núcleo del grupo de empresas está en la dominación, -empresa dominante, y situación de dependencia, y en la unidad de dirección. De este planteamiento del grupo de empresas arrancan las normas de protección a los acreedores, a los componentes minoritarios y a los trabajadores*”¹⁶²³; (ii) “*unidad económica*” y “*diversidad jurídica*”¹⁶²⁴. Bien que su existencia “*no se presuma nunca*”¹⁶²⁵ y la carga de la prueba “*incumba a quien lo alega la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales*”¹⁶²⁶

El grupo, en sí mismo considerado y como norma general carece de personalidad jurídica independiente de las sociedades que lo componen¹⁶²⁷, aun cuando sea el empresario¹⁶²⁸, pues “*la norma general ha de ser la de respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones contraídas por dichas entidades, que no afectan a sus socios y administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo grupo, salvo los supuestos previstos en la Ley*”¹⁶²⁹. En el ámbito laboral, sobre la base de la constatación de la ineludible vinculación de nuestra jurisprudencia a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁶³⁰, se afirma que “*en síntesis, la unidad real del grupo como ente*

*empresarial único requiere: unidad de actividades; trasvase de fondos y cesiones inmobiliarias; movilidad de los trabajadores en el seno del grupo; estrategia unificadora y prestaciones laborales indiferenciadas, es decir, que los trabajadores realicen su prestación de modo simultáneo e indiferenciado en varias sociedades del grupo*¹⁶³¹ y se alude también a la transmutación del grupo mercantil en grupo laboral ilegal¹⁶³² o “grupo patológico”¹⁶³³ y que en el campo laboral es generalmente denominado “grupos patológicos de empresas”¹⁶³⁴.

Aquel denominado “grupo patológico de empresas”¹⁶³⁵, se define descriptivamente¹⁶³⁶, por una destacada jurisprudencia menor, en los siguientes términos: “La jurisprudencia laboral, al estudiar los grupos de empresa en las relaciones laborales, se ha centrado esencialmente en deslindar las fronteras entre los grupos de empresa mercantiles no patológicos, en cuyo caso cada empresa del grupo responde diferenciadamente de sus responsabilidades y los grupos de empresa laborales o patológicos, relacionados con la concurrencia de fraude de ley, cuyas empresas responden solidariamente de las responsabilidades asumidas formalmente por cualquiera de ellas, al entenderse que el empresario real es el grupo en su conjunto. Así¹⁶³⁷, (se) ha sintetizado las diferencias entre una y otra modalidad de grupos de empresa, estableciendo¹⁶³⁸ que “en el marco de la responsabilidad compartida por los integrantes del grupo¹⁶³⁹, (...) para extender la responsabilidad no basta la concurrencia de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo, para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria, sino que es necesaria la concurrencia de otros elementos adicionales, como la confusión de plantillas; la confusión de patrimonios sociales¹⁶⁴⁰; la apariencia externa de unidad empresarial y la dirección unitaria de varias entidades empresariales; por consiguiente, los componentes del grupo tienen, en principio un ámbito de responsabilidad propio, como personas jurídicas independientes que son. En síntesis, la unidad real del grupo como ente empresarial único requiere: unidad de actividades; trasvase de fondos y cesiones inmobiliarias; movilidad de los trabajadores en el seno del grupo; estrategia unificadora y prestaciones laborales indiferenciadas, es decir, que los trabajadores realicen su prestación de modo simultáneo e indiferenciado en varias sociedades del grupo”.

Efectivamente, recuerda aquella misma jurisprudencia menor que es doctrina jurisprudencial reiterada¹⁶⁴¹ que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo¹⁶⁴², configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. Destacando que “en concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales”. Para concluir que “en consecuencia, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial, la mera presencia de administradores o accionistas comunes¹⁶⁴³, o de una dirección comercial común¹⁶⁴⁴, o de sociedades participadas entre sí¹⁶⁴⁵ no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales”. Afirmando que “parece claro, por tanto, que los grupos de empresa mercantiles no responden de las responsabilidades de sus empresas partícipes, aunque las mismas se originen

completamente en decisiones tomadas por la empresa dominante. Por el contrario, los grupos de empresa a efectos laborales o patológicos responden solidariamente de las responsabilidades de cada una de las empresas del grupo, porque el empresario real es la empresa en su conjunto”

Resumiendo la amplia doctrina jurisprudencial existente en materia de grupos de sociedades la jurisprudencia afirma que todas las deficiencias definitorias y de regulación no han impedido un copioso tratamiento Jurisprudencial de la materia¹⁶⁴⁶, y en el que se ha pasado de una inicial concepción en la que la pertenencia al Grupo se consideraba un dato irrelevante desde la perspectiva laboral, porque se aceptaba la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo, sin perjuicio de que se aceptasen desviaciones en excepcionales supuestos (a virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, la doctrina del empresario aparente y la del fraude de ley). No obstante un más moderno criterio¹⁶⁴⁷, que persiste en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero que admite la trascendencia laboral del referido Grupo en ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales. Desarrollando más estas últimas afirmaciones la jurisprudencia tradicional parte de que: (i) el “grupo de sociedades” es una realidad organizativa en principio lícita; (ii) el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. En todo caso es de advertirse que *“en el campo del Derecho del Trabajo no se refleja con claridad cuándo se está ante un grupo de empresas y, de existir el grupo, no ya en la sociología de las relaciones, sino con valoración y trascendencia en las relaciones individuales de trabajo, (ni) cuándo cabe afirmar que el grupo se ha constituido en sujeto del contrato de trabajo, con entidad objetiva propia, aunque no jurídica”*¹⁶⁴⁸.

Efectivamente, el reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores¹⁶⁴⁹, configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. Doctrina que se ha rectificado en cuanto a que el “grupo de empresas a efectos laborales” no es coincidente con el propio del Derecho Mercantil. Esto es, el concepto de “grupo de empresas” ha de ser concebido, y lo es, el mismo en las distintas ramas del ordenamiento jurídico, bien que en sus diversos ámbitos (mercantil, fiscal, laboral) puedan producirse singulares consecuencias que están determinadas por diversas circunstancias añadidas; concretamente, en el ámbito laboral es dable sostener una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del “grupo” cuando en el mismo concurren determinados factores adicionales.

En concreto, son criterios constantes: (i) que *“no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales”*, porque *“los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como persona jurídicas independientes que son”*¹⁶⁵⁰; (ii) que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del

grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas ¹⁶⁵¹; (iii) que tampoco determina esa responsabilidad solidaria la existencia de una dirección comercial común, porque ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos son factores suficientes para afirmar la existencia de una unidad empresarial¹⁶⁵², como el que una empresa tenga acciones en otra o que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales¹⁶⁵³, como la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria, teniendo en cuenta que todas y cada una de las Sociedades tienen personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios¹⁶⁵⁴, y tampoco cabe exigir esa responsabilidad solidaria por el sólo dato de que el Administrador Único de una empresa sea representante legal de otra, pues *“pues la mera coincidencia de un administrador en ambas, aunque comportara una dirección unitaria, no determinaría sino la existencia de un grupo de empresas y no la responsabilidad solidaria de aquéllas”*¹⁶⁵⁵.

Ciertamente, para lograr aquél efecto de responsabilidad solidaria¹⁶⁵⁶, hace falta un componente adicional que se ha residenciado tradicionalmente en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: (i) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; (ii) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; (iii) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y (iii) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

En ese relato de componentes adicionales determinantes de responsabilidad solidaria pueden hacerse las siguientes precisiones: (i) que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél; (ii) que el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual (prestación de trabajo indistinta) o colectiva (confusión de plantillas) que determinan una pluralidad empresarial (las diversas empresas que reciben la prestación de servicios); (iii) que la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable, aunque pueda ser un indicio al efecto, la mera utilización de infraestructuras comunes; (iv) que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como “promiscuidad en la gestión económica” y que al decir de la jurisprudencia¹⁶⁵⁷ alude a la situación de “permeabilidad operativa y contable”; (v) que con el elemento “creación de empresa aparente” -íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”; y (vi) que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio, determinante de solidaridad cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante¹⁶⁵⁸.

Así “*el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad. Entre otras cosas, porque en un entramado de (...) empresas (...), la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo, no es la misma*”¹⁶⁵⁹. De tal manera que la conclusión de determinados contratos o negocios jurídicos entre empresas, señaladamente de distribución, como el de franquicia, pueden determinar, si concurren otros indicios, la configuración de un grupo de empresas a efectos laborales.

Ha de repararse en que la “dirección unitaria” y la consiguiente solidaridad, que concurrirá en el supuesto en que mediante tal relación contractual evento configure una estructura y dirección organizativa común a las sociedades, lo que puede acontecer no sólo en el ámbito directivo, sino también mediante la utilización de aquellos medios que constituyan el núcleo duro de la gestión empresarial, como la dirección, administración, informática y mantenimiento de las sociedades que son realizadas por el personal de la matriz, cuyas personas toman las decisiones para todas las sociedades del grupo. De tal manera que esa “dirección unitaria” de las, sociedades constituye, en realidad, la “organización y dirección” a que alude el artículo 1 E.T., cuando hace referencia al “empleador o empresario”, o dicho de otra manera, en puridad no existe una titularidad jurídica empresarial de cada una de las sociedades, pues aunque formalmente distintas, actúan en realidad como una única empresa, constituyendo pues el verdadero empresario, con la responsabilidad solidaria que de ello se deriva para todas las sociedades que integran formalmente el grupo.

Efectivamente, el uso abusivo o anormal, de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores, puede concurrir mediando contratos de “franquicia”¹⁶⁶⁰, cuando únicamente encubren una relación de subordinación empresarial entre la cabeza del grupo con las sociedades aparentemente franquiciadas. Siendo más polémica su concurrencia en otros supuestos contractuales como los contratos publicitarios de patrocinio¹⁶⁶¹. Lo que no impide que mediante aquel tipo de contratación se intente también y simultáneamente encubrir un grupo mercantil. Si bien es cierto que para que ese grupo mercantil pueda considerarse un “grupo patológico laboral”, lo que estará favorecido por el hecho de que por razón de aquel contrato todas las franquiciadas se publicitan conjuntamente bajo el nombre comercial de la franquiciadora, pudiendo además concurrir otros indicios, como que los franquiciadas ofrecieran indistintamente como centros de atención, los ubicados en los domicilios sociales de cualquiera de ellas, que todas ellas y la franquiciadora dispusieran de un gerente único, lo cual, ciertamente, se compadecería mal con una relación entre franquiciador y franquiciado, ya que se supone que este último es una persona física o jurídica sin ningún tipo de relación que no sea la estrictamente mercantil con el franquiciador, que coincidan los miembros de los respectivos Consejos de administración o los designados como los apoderados, que todas ellas compartan servicios como los de “comedor”, o el de “atención informática”.

10.2. Aspectos sustantivos de la fusión transfronteriza de grupos y subgrupos de sociedades anónimas.

El punto de partida a considerar es que *“la figura del grupo es legítima”, lo que conlleva “prima facie” que será legítimo también defender y promover su interés y ejercer, en consecuencia, el poder de dirección de las sociedades integradas en el grupo aunque ello suponga lesionar patrimonialmente su integridad patrimonial, o los intereses de sus socios y acreedores*”¹⁶⁶². El “contrato de constitución del grupo”¹⁶⁶³ (plurilateral o bilateral) puede ser una vía para encauzar esa legitimidad del “grupo”, de tal manera que en base a sus estipulaciones las sociedades que lo componen pudieran verse obligadas¹⁶⁶⁴ a realizar todas las actuaciones conducentes, y de manera coordinada, para que el resultado económico y financiero final fuera la fusión del grupo como tal¹⁶⁶⁵. La circunstancia de que el grupo constituya una entidad económica relevante y legítima como agente económico en el mercado modera, al menos, las consecuencias negativas que pudieran derivarse de la falta de su falta atribución al mismo de personalidad jurídica, de manera diáfana, por la ley. Valga la redundancia el “grupo” no necesita estar “fusionado para fusionarse”¹⁶⁶⁶.

Pudiéndose afirmar que, existente un contrato de constitución del grupo de sociedades anónimas en el que se prevenga que la sociedad anónima a la que se haya atribuido el poder de dirección unitario en el seno del grupo pueda decir sobre las modificaciones estructurales del mismo, incluyendo las fusiones transfronterizas, si aquella decide que el grupo se fusione, e insta a las sociedades que lo componen a llevar a cabo su fusión transfronteriza, indicando la forma y los tiempos. De esta forma aquellas sociedades están obligadas a llevar acabo cuantas actuaciones sean conducentes a su fusión transfronteriza, debidamente coordinadas con las actuaciones de las demás sociedades miembros del grupo, y al logro del resultado esperado, económico y financiero, de fusión transfronteriza del grupo de sociedades anónimas del que es miembro, atendiendo así a la satisfacción del interés del grupo.

La exigencia de que las sociedades que participen en una fusión transfronteriza de sociedades anónimas tengan atribuida personalidad jurídica parece impedir, en principio, que los grupos y subgrupos de sociedades anónimas, en cuanto tales, tengan atribuida plena personalidad jurídica¹⁶⁶⁷, por más que puedan considerarse relevantes jurídicamente a determinados y concretos fines o efectos, y puedan participar, en su consideración de grupo o subgrupo y al margen de las sociedades que lo componen, en una fusión transfronteriza de sociedades anónimas. Lo que no impide que la alteración de la estructura del grupo o del subgrupo mediante fusión con otros grupos o subgrupos, deba considerarse una modificación estructural del correspondiente grupo o subgrupo de sociedades anónimas, que así manifiesta una relativa personificación.

A la definición de la estructura del grupo alude el artículo 529ter.1.e) LSC, incluido por el artículo Único.cuarenta de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. La falta de

personificación jurídica de los grupos y de los subgrupos no impide que el mismo tenga relieve y se considere como tal a determinados y precisos efectos jurídicos. Precisamente es en el Derecho Mercantil contable y concretamente en materia de consolidación de cuentas, donde el subgrupo, como tal, y en esa consideración, adquiere transcendencia jurídica. De tal manera que una empresa filial que, a su vez, sea sociedad matriz, debe elaborar estados financieros consolidados. Pero no estará obligada a ello si concurren determinadas circunstancias¹⁶⁶⁸. La relativa personificación de los subgrupos en sede de Derecho Mercantil contable, y únicamente a efectos contables o financieros, permite aludir a la fusión transfronteriza de grupos de sociedades anónimas, como una fusión indirecta, dado que su instrumentación jurídica debe desarrollarse con relación a cada una de las sociedades que intervengan en la fusión. Esto es, que el referente deban ser siempre y únicamente las sociedades que participen en la fusión y, naturalmente, la sociedad resultante.

10.3. La fusión transfronteriza intragrupo de sociedades anónimas. Short-form merger. El régimen de la Directiva de Fusiones Transfronterizas.

En la perspectiva ajustada de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, esto es, haciendo abstracción de las fusiones mediante las que no se lleva a cabo la adquisición del control o “impropias” (según la terminología utilizada por parte de la doctrina)¹⁶⁶⁹, limitar la fusión transfronteriza de grupos de sociedades anónimas al supuesto en que se fusionen los grupos de sociedades en cuanto a tales grupos, totalidad o conjunto de sociedades, sería introducir una restricción no justificada en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, excluyendo las fusiones intragrupo. Con la posible consecuencia incluso de la desaparición del grupo¹⁶⁷⁰.

10.3.1. Procedimiento de fusión abreviado. Fusión entre Matriz y Filial o entre Filiales.

La sociedad dominante, accionista de control o grupo de accionistas de control, puede acudir al procedimiento de fusión abreviado (short-form merger), procedimiento de fusión menos exigente y más rápido que el procedimiento de fusión no abreviado (long-form merger). La utilización de este procedimiento no debe servir al propósito de eliminar a los socios minoritarios aun pagándoles el valor razonable (fair value) de sus acciones¹⁶⁷¹.

La MBCA en su Sección 11.05 “Fusión entre Matriz y Filial o entre Filiales” establece que “(a) *Una corporación nacional matriz que posea acciones de una filial nacional o extranjera que conlleven al menos el 90% de los derechos de voto de cada clase y series de las acciones en circulación de la filial que tengan derecho de voto, puede fusionar la filial en sí misma o en cualquier otra filial, o fusionarse ella misma en la filial, sin la aprobación del consejo de administración ni los accionistas de la filial, salvo que los estatutos de cualquiera de las corporaciones dispusieran lo contrario y salvo, en el caso de una filial extranjera, que la aprobación por el consejo de administración o los accionistas fuere*

requerida por las leyes conforme a las que la filial está organizada. (b) Si conforme a la Sección (a) la aprobación de la fusión por los accionistas de la filial no fuere requerida, la corporación matriz notificará, en el plazo de 10 días desde la fecha de efectos de la fusión, a cada uno de los accionistas de la filial que la fusión ha devenido eficaz; (c) Salvo conforme a lo dispuesto en las subsecciones (a) y (b), una fusión entre una matriz y una filial estará regulada por las previsiones del Capítulo 11 aplicable a las fusiones en general.”¹⁶⁷²

A su vez, el Comentario Oficial a la citada Sección indica que “*si una matriz es titular del 90% de los derechos de voto de cada clase y serie de las acciones emitidas de una filial, la filial puede ser fusionada en la matriz u en otra filial o la matriz puede ser fusionada en la filial, sin la aprobación del consejo de administración o los accionistas de la filial, con sujeción a ciertos requisitos informativos y de notificación.*

La aprobación por los accionistas de la filial no es requerida, parcialmente porque si la matriz posee el 90 por ciento o más de los derechos de voto de cada clase y serie de las acciones de una filial, la aprobación de una fusión por los accionistas de la filial sería una conclusión previsible, y parcialmente para facilitar la simplificación de la estructura societaria cuando sólo una pequeña porción del capital es propiedad de terceros ajenos.

La aprobación por el consejo de administración de la filial no se requiere porque si la matriz posee el 90 por ciento o más del poder de voto de cada clase y serie de las acciones emitidas de la filial, no se puede esperar que los consejeros sean independientes de la matriz, de tal forma que la aprobación de la fusión por el consejo de la filial también es una conclusión previsible. En otros aspectos las fusiones y filiales cuyo capital se posea en 90 por ciento son reguladas por las previsiones del Capítulo 11

La sección 11.05 dispensa de la aprobación del consejo de administración o de los accionistas de una filial que es fusionada en su matriz u otra filial, si las condiciones de la Sección son cumplidas. La Sección 11.05 no dispensa por sí misma de la aprobación por los accionistas de la matriz. Conforme a la sección 11.04.(g), una fusión del tipo descrito en la Sección 11.05 en la que la filial es fusionada hacia arriba en la matriz no requeriría habitualmente la aprobación de los accionistas de la matriz porque en tal supuesto los estatutos sociales de la matriz no son normalmente afectados por la fusión y la matriz habitualmente no emite acciones que conlleven más del 20 por ciento del poder voto. Sin embargo, en el caso de una fusión inversa matriz filial, la aprobación de los accionistas sería exigible conforme a la Sección 11.04.”¹⁶⁷³

La principal ventaja de acudir a la short-form merger consiste en evitar la necesidad del acuerdo de la junta general, según precisa en la sección 11.04.(g), a cuyo tenor “(g) *salvo que los estatutos sociales prevean lo contrario, la aprobación por los accionistas de una corporación de un Proyecto de Fusión (...) no es requerida si: (1) la corporación sobrevivirá a la fusión (...); (2) excepto por las modificaciones permitidas por la Sección 10.05, sus estatutos sociales no serán modificados; (3) cada accionista de la corporación cuyas acciones estuvieren en circulación inmediatamente antes de la fecha de efectos de la fusión (...) mantendrá el mismo número de acciones, con idénticas preferencias, limitaciones y derechos relativos, inmediatamente después de la fecha de efectos; y (4) la emisión en la fusión (...) de*

acciones u otros valores convertibles en acciones o derechos ejercitables a cambio de acciones no requerirá el voto conforme a la Sección 6.21.(f)”¹⁶⁷⁴

Esto es, “*en general conforme a la Sección 11.04¹⁶⁷⁵ el consejo tiene que adoptar un Proyecto de Fusión. Con posterioridad a su adopción el consejo tiene que remitir el proyecto a los accionistas para su aprobación, salvo que las condiciones recogidas en la Sección 11.04.(g) o Sección 11.05 se cumplieren. Sin embargo, bajo la sección 11.04.8g9 la aprobación del proyecto de fusión (...) por los accionistas de una corporación superviviente en una fusión (...) no es necesaria si las condiciones recogidas en tal Sección, incluyendo la regla fundamental de la Sección 6.21 se cumplen*”¹⁶⁷⁶.

En el mismo sentido¹⁶⁷⁷, pero con mayor limitación, en cuanto que no admite la posibilidad de utilizar la short-form-merger, como la MBCA, cuando el dominio es indirecto, la Delaware GCL, establece en su Sección 253 “(a) *En cualquier caso en el que al menos el 90% de las acciones en circulación de cada clase del capital social de una corporación o corporaciones (distintas de una corporación que tenga en su certificado de constitución la previsión requerida por la Sección 251.(g).(7) de este título) de cuya clase son las acciones en circulación que, en ausencia de esta subsección, tendrían derecho a votar tal fusión, fuera poseída por otra corporación y ésta fuera una corporación de este Estado y la otra u otras corporaciones fueran de este Estado o de otro estado o estados, o del Distrito de Columbia y las leyes del otro estado o estados, o el Distrito permitieran a una corporación de tal jurisdicción fusionarse con una corporación de otra jurisdicción, la corporación que tenga la titularidad sobre el capital podrá bien fusionar la otra corporación o corporaciones en ella y asumir todos sus derechos y obligaciones, o fusionarse ella misma o ella misma y una o más de tales corporaciones en una de tales corporaciones mediante la suscripción, reconocimiento y depósito, conforme a la Sección 103 de este título, de un certificado de tal titularidad y fusión incluyendo una copia de la resolución de su consejo de administración para fusionarse así y la fecha de adopción. Sin embargo, en el caso de la corporación matriz no vaya a poseer la totalidad del capital en circulación de todas las corporaciones filiales, las partes de la fusión conforme se ha mencionado, la resolución del consejo de administración de la corporación matriz recogerá los términos y condiciones de la fusión, incluyendo los valores, efectivo, propiedades o derechos a emitir, pagados, entregados u otorgados por las corporación superviviente en el momento de la entrega de cada acción de la corporación o corporaciones filiales no poseídas por la corporación matriz o la cancelación de algunas o todas de tales acciones. Cualesquiera de los términos de la resolución del consejo de administración acordando la fusión en tal sentido pueden hacerse depender de hechos inciertos fuera de tal resolución siempre que la manera en la que tales hechos operarán conforme a los términos de la resolución sean clara y expresamente recogidos en tal resolución*”¹⁶⁷⁸.

Precisando que¹⁶⁷⁹ “el término “hechos tal y como se usa en la frase anterior, incluye, pero no está limitado a, la ocurrencia de cualquier supuesto incluyendo la determinación o acción por cualquier persona u órgano, incluyendo la propia corporación.

Si la corporación matriz no fuera la corporación superviviente, la resolución incluirá una previsión para la emisión a pro rata del capital de la entidad superviviente para los titulares de capital de la corporación matriz a la entrega de cualesquiera certificados a tales efectos. El certificado de titularidad y

fusión recogerá que la fusión propuesta ha sido aprobada por una mayoría del capital emitido de la corporación matriz con derecho de voto en relación con la misma en una reunión debidamente convocada y mantenida después de un período de 20 días tras la remisión de la correspondiente notificación a cada accionista a la dirección que aparezca en los archivos de la corporación, si la corporación fuera una corporación de este Estado recogerá que la fusión propuesta ha sido adoptada, aprobada, certificada, ejecutada y reconocida por la corporación matriz de conformidad con las leyes que le apliquen, si la corporación no fuera de este Estado. Si la corporación estuviera sujeta a las leyes del Distrito de Columbia o de cualquier estado o jurisdicción distinta de este Estado, la subsección (d) de la Sección 252 de este título también aplicará a una fusión realizada conforme a esta Sección”¹⁶⁸⁰.

Igualmente, respecto de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas señala el apartado (e) de la citada Sección 253 que “una fusión podrá realizarse conforme a esta sección aunque 1 u más corporaciones que fueren parte de la fusión estuvieran organizadas conforme a las leyes de una jurisdicción distinta de la de los Estados Unidos, siempre que las leyes de tal jurisdicción permitieran a una corporación de tal jurisdicción fusionarse con una corporación de otra jurisdicción”¹⁶⁸¹

10.3.2 Las fusiones transfronterizas intragrupo de sociedades anónimas en la Directiva de Fusiones Transfronterizas.

Las fusiones intragrupo no son inusuales¹⁶⁸². Es más, en términos económicos, las fusiones en sentido estricto y las fusiones denominadas “impropias” se tratan con las mismas pautas generales y especiales relativas la regulación normativa de las fusiones, no estableciéndose modificaciones esenciales o relevantes entre unas y otras, aparte de la simplificación del procedimiento¹⁶⁸³. Respecto nuestro derecho nacional o interno, es significativo que no tenga consideración de concentración “la mera redistribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo” (artículo 7.3.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia). Asimismo una reestructuración interna transfronteriza de un grupo de sociedades anónimas, en principio, no constituye una concentración (fusión de una sociedad de doble cotización, y fusión de filiales)¹⁶⁸⁴.

10.3.2.1 Consideraciones generales.

El fenómeno de fusión transfronteriza intragrupo de sociedades anónimas se contempla en la Directiva de Fusiones Transfronterizas (artículos 2.2.c y 15), así como en la Directiva 2011/35/UE, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (que le dedica todo su capítulo V, artículos 24-29), y en la LME (que se ocupa de ello en la Sección 8ª del capítulo I del título II, artículos 49-52). También se ocupa de ellas la PCM, en la Subsección 8ª, “De las fusiones especiales”, de la Sección 1ª, “Disposiciones generales”, del Capítulo III, “De la fusión en general”, del Título VI, “De las modificaciones

estructurales”, del Libro II Segundo, “De las sociedades mercantiles”, arts. 262-33 a 263-35).

En este punto es transcendental la previsión contenida en el artículo 2.1.c de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, que considera la fusión transfronteriza de grupos/intragrupo de sociedades como una modalidad propia y singular, conceptualmente separada y sustantivizada respecto de los demás supuestos de fusión transfronteriza de sociedades de capital, que cuando sean sociedades anónimas, habrá de considerarse fusión transfronteriza de grupo/intragrupo de sociedades anónimas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, constata la posibilidad de la fusión intragrupo, con singulares efectos en relación con la “sucesión laboral”, cuando afirma lo siguiente: “*Si dentro de un grupo de sociedades coexisten dos empresarios, uno que tiene vínculos contractuales con los trabajadores de dicho grupo y otro que tiene vínculos no contractuales con ellos, puede también considerarse “cedente”, en el sentido de la Directiva 2001/23, el empresario responsable de la actividad económica de la entidad transferida, que, en tal calidad, establece relaciones laborales con los trabajadores de dicha entidad, y ello a pesar de la falta de vínculos contractuales con dichos trabajadores*”¹⁶⁸⁵. Consideración que “*puede aplicarse a una transmisión entre dos sociedades filiales de un mismo grupo que constituyen personas jurídicas diferentes que mantienen, cada una por su lado, relaciones laborales específicas con sus trabajadores*”¹⁶⁸⁶.

Según el artículo 2.2.c de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, se considera modalidad específica de “fusión”, aquella “*operación mediante la cual una sociedad transfiere, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo a la sociedad que posee la totalidad de los títulos o participaciones representativos de su capital social*”. La citada norma también se ocupa del régimen de la fusión transfronteriza de grupos de sociedades anónimas, en su artículo 15, mediante la simplificación de las formalidades que deben observarse en el desarrollo de la operación de fusión, previniendo, en su apartado 1, que cuando una fusión transfronteriza por absorción sea realizada por una sociedad que posea todas las participaciones y todos los demás títulos que confieran derechos de voto en la junta general de la sociedad o sociedades absorbidas, no serán aplicables las disposiciones del artículo 5, letras b), c) y e)¹⁶⁸⁷, tampoco las del artículo 8¹⁶⁸⁸, ni del artículo 14, apartado 1, letra b)¹⁶⁸⁹, ni será aplicable el artículo 9, apartado 1¹⁶⁹⁰, a la sociedad o sociedades absorbidas.

Aquel mismo artículo 15 de la Directiva 2005/56/CE, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, establece en su apartado 2, que cuando una sociedad que posea el 90 % o más, pero no la totalidad, de las acciones o de otros títulos que confieran derecho de voto en la junta general de la sociedad o sociedades absorbidas, lleve a cabo una fusión transfronteriza por absorción, solo se requerirán informes de uno o varios peritos independientes, así como los documentos necesarios para el control, en la medida en que lo exija la legislación nacional aplicable a la sociedad absorbente o la legislación nacional aplicable a la sociedad absorbida, de conformidad con la Directiva 2011/35/UE¹⁶⁹¹.

La Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, dedica su capítulo V, comprensivo de los artículos 24 a 29 a la absorción de una sociedad por otra que posea el 90% o más de las acciones de la primera, previniendo en su artículo 24 que *“los Estados miembros organizarán, para las sociedades sometidas a su legislación, la operación por la que una o varias sociedades se disolverán sin liquidación y transferirán la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente a otra sociedad que fuera titular de todas sus acciones y demás títulos que confieran derecho a voto en la junta general. Tales operaciones estarán reguladas por las disposiciones del capítulo III. Sin embargo, los Estados miembros no podrán imponer los requisitos establecidos en el artículo 5, apartado 2, letras b), c) y d)¹⁶⁹², los artículos 9¹⁶⁹³ y 10¹⁶⁹⁴, el artículo 11, apartado 1, letras d) y e)¹⁶⁹⁵, el artículo 19, apartado 1, letra b)¹⁶⁹⁶, y los artículos 20¹⁶⁹⁷ y 21¹⁶⁹⁸”,* limitación razonable de aplicación de formalidades ordinarias inherentes al proceso de fusión. Previniendo, en su artículo 26, la aplicabilidad de aquella disposición (artículo 24), también cuando la titularidad de las acciones pertenecieran a la sociedad dominante *“y/o a personas que poseyeran estas acciones y estos títulos en su propio nombre pero por cuenta de esta sociedad”*.

Aquella limitación también se produce, al tenor de su artículo 25, respecto de la aplicación de su artículo 7 a las operaciones antes indicadas siempre que se cumplan determinadas condiciones que, de seguido, especifica. Limitaciones de formalidades del proceso de fusión que también se podrán aplicar aquellas operaciones por las que una o varias sociedades se disuelvan sin liquidación y transfieran la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente a otra sociedad, si todas las acciones y demás títulos que confieran derecho a voto en la junta general de la o de las sociedades absorbidas, pertenecieran a la sociedad absorbente y/o a personas que poseyeran estas acciones y estos títulos en su propio nombre pero por cuenta de esta sociedad, como precisa su artículo 26.

Para el caso, previene en sus artículo 27 y 28 de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, de que se lleve a cabo una fusión por absorción de una sociedad que sea titular del 90 % o más, pero no de la totalidad, de las acciones y demás títulos que confieran derecho a voto en la junta general de la sociedad o sociedades absorbidas, no exige la aprobación de la fusión por la junta general de la sociedad absorbente ni otros requisitos que enuncia mediante remisión a los correspondientes preceptos, siempre que se den las condiciones que, de seguido especifica, si se cumplen las condiciones que de seguido especifica. Previsiones que también serán de aplicación, según su artículo 29, para el caso de operaciones por las que una o varias sociedades se disuelvan sin liquidación y transfieran la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente a otra sociedad si el 90 % o más, pero no la totalidad, de las acciones y demás títulos confieran derecho a voto en la junta general de la o de las sociedades absorbidas pertenecieran a la sociedad absorbente y/o a personas que poseyeran estas acciones y estos títulos en su propio nombre pero por cuenta de esta sociedad.

La Sociedad Anónima Europea (SE), puede ser un vehículo de fusión intragrupo, lográndose correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa

en la Unión Europea. Cuando las sociedades anónimas participantes en la fusión constitutiva de un Sociedad Anónima Europea sean miembros de un mismo grupo, se producirá una constitución de Sociedad Anónima Europea (*Societas Europaea*) mediante una fusión transfronteriza intragrupo. El carácter transfronterizo es resultado derivado de la diferente nacionalidad exigible a las sociedades participantes en el proceso de fusión constitutivo de la sociedad Anónima Europea (SE), siempre que tengan su domicilio y administración central en la Unión Europea, sin que interfiera la hipótesis de la ciudadanía europea correspondiente a las aludidas sociedades.

El procedimiento constitutivo, que no es de libre acceso¹⁶⁹⁹, permite acudir bien a un procedimiento de fusión por absorción bien a un procedimiento de fusión por constitución de una nueva sociedad¹⁷⁰⁰. En el primer caso (fusión por absorción), la sociedad absorbente adoptará la forma de Sociedad Anónima Europea (SE) simultáneamente a la fusión. En el segundo caso (fusión por constitución de una nueva sociedad), la Sociedad Anónima Europea (SE) será la nueva sociedad, bien que pueda dudarse si conceptualmente se constituye una nueva sociedad¹⁷⁰¹. Al ser la fusión mediante la que se constituye la Sociedad Anónima Europea (SE) intragrupo habrá de observarse la disciplina que establece el Reglamento (CE) núm. 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), que diferencia, para el supuesto de fusión por absorción, entre el caso en que la sociedad absorbente posea todas las acciones y demás títulos que confieran derecho de voto en la junta general de otra sociedad realice una fusión por absorción, y aquel otro en que aquella sociedad posea el 90 % o más, pero no la totalidad de las acciones o de otros títulos que confieran derecho de voto en la junta general de otra sociedad. Por lo demás ese aplicará el procedimiento establecido en aquel Reglamento¹⁷⁰².

Para el primer caso, esto es, para cuando la sociedad absorbente posea todas las acciones y demás títulos que confieran derecho de voto en la junta general de la otra sociedad que participe en la constitución de la Sociedad Anónima Europea, previene el artículo 31 del Reglamento (CE) núm. 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), que no se aplicarán las disposiciones de las letras b), c) y d) del apartado 1 del artículo 20¹⁷⁰³, del artículo 22¹⁷⁰⁴, y de la letra b) del apartado 1 del artículo 29¹⁷⁰⁵ pero que sin embargo, se aplicarán las disposiciones nacionales correspondientes a cada una de las sociedades que se fusionen y que regulen las fusiones de sociedades anónimas. En el caso de que la sociedad absorbente posea el 90 % o más, pero no la totalidad de las acciones o de otros títulos que confieran derecho de voto en la junta general de otra sociedad, se requerirán informes a cargo del órgano directivo o administrativo, informes de uno o más peritos independientes, así como los documentos necesarios para el control en la medida en que lo exija la legislación nacional aplicable a la sociedad absorbente o la legislación nacional aplicable a la sociedad absorbida. No obstante, los Estados miembros podrán estipular la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el presente apartado cuando una sociedad posea acciones que confieran el 90 % o más de los derechos de voto, pero no la totalidad.

La LME, alude a las fusiones de grupos de sociedades en la Sección 8ª del capítulo I de su título II. Así en su artículo 49.1 alude al supuesto en que la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas, supuesto en que la operación podrá realizarse sin necesidad de la inclusión en el proyecto de fusión de determinadas menciones, salvo que se trate de una fusión transfronteriza intracomunitaria, ni los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión, que, no obstante, serán necesarios cuando se trate de una fusión transfronteriza intracomunitaria, tampoco será necesario el aumento de capital de la sociedad absorbente, ni la aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas. Cuando la sociedad absorbente fuese titular de forma indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divide el capital de la sociedad absorbida, establece el artículo 49.2 que, además, será siempre necesario el informe de expertos y, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente. Cuando la fusión provoque una disminución del patrimonio neto de sociedades que no intervienen en la fusión por la participación que tienen en la sociedad absorbida, la sociedad absorbente deberá compensar a estas últimas sociedades por el valor razonable de esa participación.

En su artículo 50.1 la LME, establece: (i) en su punto 1, que cuando la sociedad absorbente fuera titular directa del noventa por ciento o más, pero no de la totalidad del capital de la sociedad o de las sociedades anónimas que vayan a ser objeto de absorción, “*no serán necesarios los informes de administradores y de expertos sobre el proyecto de fusión, siempre que en éste se ofrezca por la sociedad absorbente a los socios de las sociedades absorbidas la adquisición de sus acciones o participaciones sociales, estimadas en su valor razonable, dentro de un plazo determinado que no podrá ser superior a un mes a contar desde la fecha de la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil*”; (ii) en su punto 2, que “*en el proyecto de fusión deberá constar el valor establecido para la adquisición de las acciones o participaciones sociales. Los socios que manifiesten la voluntad de transmitir las acciones o participaciones sociales a la sociedad absorbente, pero que no estuvieran de acuerdo con el valor que para las mismas se hubiera hecho constar en el proyecto, podrán, a su elección y dentro del plazo de seis meses desde que notificaron su voluntad de enajenar sus acciones o participaciones, optar entre solicitar del Registro Mercantil correspondiente al domicilio de la sociedad absorbente la designación de un auditor de cuentas, distinto del de la sociedad, para que determine el valor razonable de sus acciones o participaciones, o bien ejercitar las acciones judiciales correspondientes para exigir que ésta las adquiera por el valor razonable que se fije en el procedimiento*”; y, (iii) en su punto 3, que “*las acciones o participaciones de los socios de la sociedad absorbida que no fueran adquiridas deberán ser canjeadas por acciones o participaciones propias que la absorbente tuviera en cartera. En otro caso, y siempre que no tenga que celebrarse la junta a solicitud de la minoría, los administradores están autorizados, si así lo prevé el proyecto de fusión, a elevar el capital en la medida estrictamente necesaria para el canje*”.

Cuando la sociedad absorbente fuera titular directa del noventa por ciento o más del capital social de la sociedad o de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que vayan a ser objeto de absorción, previene el artículo 51 LME, que no será necesaria la aprobación de la fusión por la junta de socios de la sociedad absorbente, siempre que con

un mes de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta o juntas de las sociedades absorbidas que deban pronunciarse sobre el proyecto de fusión, o, en caso de sociedad íntegramente participada, a la fecha prevista para la formalización de la absorción, se hubiera publicado el proyecto por cada una de las sociedades participantes en la operación con un anuncio, publicado en la página web de la sociedad o, caso de no existir, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio, en el que se haga constar el derecho que corresponde a los socios de la sociedad absorbente y a los acreedores de las sociedades que participan en la fusión a examinar en el domicilio social determinados, así como a obtener, cuando no se haya publicado en la página web la entrega o el envío gratuitos del texto íntegro de los mismos.

Debiendo mencionarse en el anuncio el derecho de los socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social a exigir la celebración de la junta de la sociedad absorbente para la aprobación de la absorción, así como el derecho de los acreedores de esa sociedad a oponerse a la fusión en el plazo de un mes desde la publicación del proyecto en los términos establecidos en esta Ley.

Los administradores de la sociedad absorbente están obligados a convocar la junta para que apruebe la absorción cuando, dentro de los quince días siguientes a la publicación del último de los anuncios a los que se refiere el apartado anterior, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social. En este supuesto, la junta debe ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiera requerido notarialmente a los administradores para convocarla.

En el artículo 52 de la LME, se trata la fusión, en cualquiera de sus clases, de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio, así como a la fusión por absorción cuando la sociedad absorbida fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones de la sociedad absorbente, como un supuesto de la absorción de sociedades íntegramente participadas. Previéndose que cuando la sociedad absorbida fuese titular de forma indirecta de todas las acciones en que se divide el capital de la sociedad absorbente o cuando las sociedades absorbida y absorbente estén participadas indirectamente por el mismo socio, sea siempre necesario el informe de expertos y exigible, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente, así como que cuando la fusión provoque una disminución del patrimonio neto de sociedades que no intervienen en la fusión por la participación que tienen en la sociedad absorbente o absorbida, la sociedad absorbente deba compensar a dichas sociedades por el valor razonable de esa participación.

La PCM señala en su art. 590 que existe grupo de sociedades cuando varias sociedades resultan sometidas al poder de dirección de una misma persona jurídica, y que se produce una fusión intragrupo cuando quien ejerce el poder de dirección decide que se fusionan¹⁷⁰⁶, generalmente mediante la absorción por una de ellas de todas las demás sociedades, aunque no es descartable que se pueda producir mediante la constitución de

una nueva sociedad. En ese supuesto, y en cuanto la fusión debe calificarse de transfronteriza, parece que habrán de aplicarse, por analogía, las normas previstas en el artículo 15 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, y, en lo pertinente la normativa nacional a la que se remite.

10.3.2.2 Fusiones inversas transfronterizas.

La Directiva de Fusiones Transfronterizas concibe como un tipo singular de fusión transfronteriza de sociedades anónimas aquella en la que *“una sociedad transfere, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo a la sociedad que posee la totalidad de los títulos o participaciones representativos de su capital social”*, por ello pueda darse el fenómeno “inverso” la absorción mediante fusión de la sociedad que es titular de la totalidad del capital de la sociedad absorbente. Este supuesto constituye algo más que una mera reordenación o reorganización del grupo, precisamente por su carácter transfronterizo.

Como ya se indicó, el artículo 15 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas elimina determinados requisitos en el procedimiento de fusión transfronteriza de sociedades anónimas íntegramente participadas. De ahí su simplificación, consistente en que no hayan de figurar en el proyecto de fusión, en coherencia con la propia definición de la operación en el artículo 2.2.c), ni *“la proporción aplicable al canje de los títulos o participaciones del capital social y, en su caso, el importe de cualquier pago en efectivo”*, ni *“las formas de entrega de los títulos o participaciones representativos del capital social de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza”*, ni *“la fecha a partir de la cual estos títulos o participaciones representativos del capital social darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho”*, tampoco se exige el informe pericial independiente, ni *“los socios de la sociedad absorbida se convertirán en socios de la sociedad absorbente”*, ni la junta general de la(s) sociedad(es) absorbidas se pronunciará(n) sobre el proyecto común de fusión transfronteriza.

Cuando una sociedad que posea el 90 % o más, pero no la totalidad, de las acciones o de otros títulos que confieran derecho de voto en la junta general de la sociedad o sociedades absorbidas, lleve a cabo una fusión transfronteriza por absorción, solo se requerirán informes de uno o varios peritos independientes, así como los documentos necesarios para el control, en la medida en que lo exija la legislación nacional aplicable a la sociedad absorbente o la legislación nacional aplicable a la sociedad absorbida, de conformidad con la Directiva 2011/35/UE. Dicha norma indica en su artículo 27 que no se exigirá la aprobación de la fusión por la junta general de la sociedad absorbente si se cumplen las condiciones siguientes: (i) que la publicidad registral del proyecto de fusión se haga, por la sociedad absorbente, al menos un mes antes de la fecha de reunión de la junta general de la o de las sociedades absorbidas que deba(n) pronunciarse sobre el proyecto de fusión, y, (ii) que todos los accionistas de la sociedad absorbente tengan derecho, al menos un mes antes de la fecha antes indicada, a consultar, en el domicilio social de esta sociedad,

el proyecto de fusión y las cuentas anuales, así como los informes de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que se fusionen, y, en su caso, un estado contable cerrado a una fecha que no deberá ser anterior al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión en el caso de que las últimas cuentas anuales se refieran a un ejercicio cuyo final sea anterior en más de seis meses a esta fecha los informes de los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionen, y, el informe del pericial independiente,

Cuando la sociedad dominante es absorbida por su filial directa totalmente participada parece razonable aplicar las mismas exclusiones respecto del contenido del proyecto de fusión. Efectivamente, efectuándose una comparativa entre el artículo 15.1 primer guión de la Directiva de Fusiones Transfronterizas en cuanto a la inaplicabilidad del artículo 5.b), c) y e), y el artículo 24 de la Directiva 2011/35, en cuanto a la inaplicabilidad de lo dispuesto en el 5, apartado 2, letras b), c) y d), existe una práctica igualdad¹⁷⁰⁷. En relación con la inaplicabilidad del artículo 8 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, y la inaplicabilidad de lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Directiva 2011/35, resulta más preciso y amplio el contenido de esta última, cuya explicación se encuentra en que el artículo 8 precitado presupone la de los artículos 9 y 10 antes indicados¹⁷⁰⁸, respecto de la inaplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 14.1.b de la Directiva de Fusiones Transfronterizas y en el artículo 19.b de la Directiva 2011/35, se da coincidencia plena¹⁷⁰⁹, en cuanto a la inaplicabilidad que dispone la Directiva 2005/56 de su artículo 9, apartado 1, a la sociedad o sociedades absorbidas, y la inaplicabilidad de lo dispuesto en los artículos 25 y 7 de la Directiva 2011/35¹⁷¹⁰, se observa un evidente paralelismo, que han de ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 11.b y c de esta última Directiva¹⁷¹¹. La referencia a la inaplicabilidad de lo dispuesto en sus artículos 20 y 21, atinentes a responsabilidad civil¹⁷¹², se presupone en la Directiva de Fusiones Transfronterizas. En relación con lo dispuesto en el artículo 15.2¹⁷¹³ de la Directiva 2005/56, y lo prevenido en los artículos 27 y 28 de la Directiva 2011/35, el contenido de éstos últimos está incluido en la remisión efectuada por la Directiva de Fusiones Transfronterizas.

En relación con la fusión inversa de sociedades íntegramente participadas, en nuestro ordenamiento jurídico se puede percibir una regulación consecuente con la expuesta. Así la LME en su artículo 49¹⁷¹⁴, en relación con los supuestos de no inversión de la fusión siendo además la prevención contenido en su apartado 1º *in fine* coherente con el carácter transfronterizo de la fusión. Puede trasladarse la problemática descubierta en esa regulación a la fusión transfronteriza inversa de sociedades anónimas íntegramente participadas. Así puede afirmarse que en estas últimas es natural que no sea problemático el cálculo de la relación de canje, dado el mantenimiento de la identidad de los accionistas. No obstante dado que han de atribuirse las acciones de la absorbente a los accionistas de la absorbida, al desaparecer la sociedad absorbida y el único socio de la absorbente como consecuencia de la fusión, “*se les podrá otorgar directamente, las que anteriormente figuraban en el patrimonio de la sociedad que se extingue*”¹⁷¹⁵. El mantenimiento de la paridad interna, que ha de respetarse en el incremento del capital aun cuando se produjera la asignación directa de

acciones indicada anteriormente, como consecuencia de la fusión en la sociedad anónima absorbente puede exigir reformas estatutarias. La inversión formal de la resultancia de la fusión, al tratarse de una filial íntegramente participada, no plantea una problemática relevante en relación con la no exigencia parcial de acuerdos de juntas generales, siempre que se respeten escrupulosamente las relaciones de paridad y de canje y no se produzca exclusión de socios (freeze-out merger)¹⁷¹⁶.

10.3.2.2. Fusiones gemelares transfronterizas.

Las fusiones intragrupo puede efectuarse entre sociedades filiales dependientes de una misma sociedad dominante. Esa circunstancia determina que se pueda reordenar razonablemente el proceso de fusión. Por ello la aplicación del régimen general previsto para las fusiones transfronterizas intragrupo de sociedades íntegramente participadas parece poderse aplicar, sin presentar una problemática relevante.

Al tratarse de fusiones de sociedades íntegramente participadas la cuestión de la supresión de elementos del proceso de fusión tienen el mismo fundamento. No obstante la dicción del artículo 15 de la Directiva 2005/56, no parece hacer dudar sobre el carácter opcional de la supresión de determinados elementos del procedimiento¹⁷¹⁷, bien que la alusión del artículo 49.1 de la ley 3/2009, a las fusiones transfronterizas parece abundar en ese carácter facultativo, naturalmente con las excepciones referidas en el artículo 49.1.1º y 2º¹⁷¹⁸. Aquellas diferencias entre nuestro ordenamiento nacional o interno y el régimen europeo de las fusiones transfronterizas parece residir en cuestiones de carácter público, esencialmente fiscales relativas al afloramiento e imposición de plusvalías latentes relativas a los activos de la(s) sociedad(es) absorbida(s) o participantes en el proceso de fusión¹⁷¹⁹, que societarias en sentido estricto.

Cuestión polémica son la del aumento del capital y la del canje, que en principio están excluidas por el artículo 15.1, primer guión, de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, en relación con su artículo 5.b) y, en el mismo sentido, se pronuncia el artículo 49.1.1º de la ley 23/2009, en relación con su artículo 31.2º.

El informe de los órganos de dirección o administración resulta inexcusable o necesario en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, también en el procedimiento simplificado, sin que exista exclusión del mismo en el artículo 15 de la Directiva 2005/56, además de prevenirse como exigible en el artículo 49.1.2º de la LME. No obstante, su justificación cuando se trata de sociedades íntegramente participadas directamente, parece dudosa. Asimismo, habrá que establecer, en su caso, el capital que tenga la nueva sociedad y atribuir esas acciones en canje, por último el artículo 15 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas únicamente excluye la necesidad de acuerdo de las juntas generales de las sociedades absorbidas pero no de la absorbente¹⁷²⁰. Cuando las sociedades dominadas participantes en el proceso de fusión están indirectamente

participadas, se suscita una problemática específica, cuya solución no es fácil, al menos en cuanto a las compensaciones que deben en su caso efectuarse a favor de los acreedores, que parece debe remitirse al derecho nacional aplicable¹⁷²¹.

¹⁵⁰² LÓPEZ JACOISTE, J. J., “Entre dominación y responsabilidad: Una dialéctica del Derecho frente a la ley”, AARAJL, núm. 34, 2004, p. 359.

¹⁵⁰³ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Capítulo 2. Características generales de la Sociedad Europea. Fuentes de regulación, capital y denominación”, en La Sociedad Anónima Europea. Régimen Jurídico Societario, Laboral y Fiscal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona 2004, p. 69, donde se refiere a que la Sociedad Europea se ha inventado sobre todo para dar forma a la empresa multinacional europea “que quiere estar presente en el mercado europeo y mundial”; bien entendido, que, como precisa SACRISTAN REPRESA, M., “Capítulo Octavo. El Grupo Empresarial en el Derecho Comunitario. Perspectiva ante los cambios actuales en la UE”, en Estudios de Derecho mercantil europeo, (Pérez Carrilo, E.F. , coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 205, que “salvo en el supuesto de constitución por fusión , y en el de creación ex novo de una SE carente de vínculos con otras sociedades el resto de los supuestos suponen una integración de la Se en una unión de empresas de la que puede surgir un grupo”.

¹⁵⁰⁴ LÓPEZ JACOISTE, J. J., op. cit. (*Entre dominación y responsabilidad: Una dialéctica del Derecho frente a la ley*), p. 359.

¹⁵⁰⁵ LÓPEZ JACOISTE, J. J., op. cit. (*Entre dominación y responsabilidad: Una dialéctica del Derecho frente a la ley*), p. 361

¹⁵⁰⁶ LÓPEZ JACOISTE, J. J., op. cit. (*Entre dominación y responsabilidad: Una dialéctica del Derecho frente a la ley*), p. 361.

¹⁵⁰⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil, v. I*), pp. 349-351 y 851-853.

¹⁵⁰⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil, v. I*), p. 852, indican que la esencia de los grupos “es la existencia de una pluralidad de sociedades que mantienen su propia personalidad formal, pero que están sometidas a una dirección única, mientras que el régimen tradicional el Derecho de sociedades parte del principio de que cada sociedad mantiene un poder de dirección autónomo”.

¹⁵⁰⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil, v. I*), p. 852, aluden a que “mientras que la sociedad es titular de una empresa con características específicas, en el caso del grupo las distintas sociedades, aun manteniendo su personalidad jurídica independiente, forman una macroempresa, calificada en ocasiones como una empresa “policorporativa”; La STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 20 de abril de 2015, se refiere a un complejo, “contrato de integración” transfronteriza, de grupos de sociedades mediante sus sociedades dominantes, previos algunos procesos de fusiones intragrupo y escisiones previas, que se refiere de la siguiente manera: “El día 8 de marzo de 2012 los distintos embotelladores habían firmado un protocolo para definir las líneas rectoras del proceso para su integración en una sociedad de nueva creación para llevar de manera única y exclusiva la fabricación, embotellado, distribución y comercialización de los productos de las marcas propiedad de The Coca-Cola Company en España, Portugal y Andorra, estando prevista para la fecha de la integración la entrada en vigor de un nuevo contrato de embotellador para dichos territorios que suscribirían The Coca-Cola Company, The Coca-Cola Export Corporation y la nueva sociedad embotelladora que se iba a constituir. En el protocolo se preveía que los embotelladores aportarían sus activos y pasivos a la nueva sociedad, aportando las acciones representativas de su capital social a la misma. (...), el 3 de octubre de 2012 los embotelladores celebraron el acuerdo de constitución del embotellador ibérico único y adquirieron el compromiso de mantener el mismo inactivo hasta la ejecución de la integración, tras la aprobación por las autoridades de la competencia. Después de las valoraciones técnicas previstas en el protocolo, queda determinado en anexo al contrato de integración el procedimiento a seguir para determinar el número de acciones de la nueva sociedad que correspondan a los accionistas de las anteriores. El 24 de enero de 2013 se suscribió un denominado “Contrato de integración” entre BEGANO, COBEGA, Cobega Embotellador S.L.U., ASTURBEGA, CASBEGA, COLEBEGA, NORBEGA, RENDELSUR, REFRIGE, Frutos y Zumos S.A. e Ibérica de Bebidas no Alcohólicas -después denominada CCIP (...). En ese contrato se prevé la previa reestructuración societaria de ASTURBEGA, BEGANO, CASBEGA, COBEGA, COLEBEGA y NORBEGA. Prevén la notificación de la operación a las autoridades de competencia el 31 de diciembre de 2012 (...). El 3 de octubre de 2012 se constituyó en Madrid y mediante escritura notarial la sociedad Ibérica de Bebidas No

Alcohólicas S.A., con domicilio social en Madrid, que corresponde al “embotellador ibérico” mencionado en el contrato de integración (...). Su objeto social es la compraventa, fabricación, embotellado, envasado, distribución y comercialización, tanto nacional como internacional, de toda clase de bebidas y productos de alimentación, incluyendo toda cas de bebidas gaseosas y refrescantes, zumos y néctares o cualesquiera otras bebidas no alcohólicas y, entre ellas, las comercializadas bajo las marcas propiedad de The Coca-Cola Company, así como cualesquiera productos de alimentación Por acuerdo de la Junta General de 1 de marzo de 2013, elevado a escritura pública el 4 de marzo, la sociedad cambió su denominación por la de Coca Cola Iberian Partners S.A. (CCIP) (...). Los acuerdos entre The Coca-Cola Company y The Coca-Cola Export Corporation con ASTURBEGA, BEGANO, CASBEGA, COBEGA, COLEBEGA, NORBEGA, RENDELSUR Y REFRIGE licenciando el derecho a fabricar, empaquetar, distribuir y vender bebidas bajo las marcas de la empresa en España y Portugal terminaron su vigencia el

21 de febrero de 2013 y no fueron renovados. Con fecha de efectos del 22 de febrero de 2013 The CocaCola Company, The Coca-Cola Export Corporation y Coca Cola Iberian Partners suscribieron dos acuerdos de embotellado bajo los cuales CCIP queda autorizado para preparar y envasar bebidas en los envases autorizados por ésta y distribuir y vender las mismas bajo las marcas establecidas en los territorios de España mientras que el otro es el referido a Portugal, también suscrito con CCIP (entonces todavía Ibérica de Bebidas No Alcohólicas S.A.).- El capital social de CCIP a 31 de diciembre de 2012 se componía de 129 acciones nominativas de 500 euros, totalmente suscritas y desembolsadas, siendo los suscriptores de las mismas las compañías Cobega Embotellador S.L.U. (COBEGA), Compañía Norteña de Bebidas Gaseosas S.A. (NORBEGA), Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas S.A. (COLEBEGA), Refrescos Envasados del Sur S.A.U. (RENDELSUR), Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas S.L. (CASBEGA), Bebidas Gaseosas del Noroeste S.A. (BEGANO), Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas S.A.U. (ASTURBEGA) y Refrige Sociedad Industrial de Refrigerantes S.A. (REFRIGE), a razón de 15 acciones por cada una de estas sociedades, teniendo cada una de ellas un porcentaje de participación del 12,50%. (...). Uno de los contratos se refiere a España y Andorra mientras que el otro es el referido a Portugal, también suscrito con CCIP (entonces todavía Ibérica de Bebidas No Alcohólicas S.A.).”

¹⁵¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 293.

¹⁵¹¹ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de octubre de 2001.

¹⁵¹² SACRISTAN REPRESA, M., “*Derecho Económico y Derecho Mercantil*”, en Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez”, Vol. I, UNIVERSIDAD de VALLADOLID -CAJA DUERO, Valladolid 1998, pp. 65 ss.; “Lo que hoy entendemos por Derecho Mercantil es, en definitiva, un conjunto de instituciones enmarcadas en el Derecho patrimonial que tiene que ver más bien con un Derecho privado de ordenación de la economía, o un Derecho privado de ordenación del mercado, pero que carecen, nos parece de más conexiones específicas entre sí”, afirma MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “*El Derecho Mercantil como categoría dogmática*”, AARAJL, núm. 38, 2008, p. 228.

¹⁵¹² MONTOYA MELGAR, A., “*Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea*”, en “*Liber Amicorum. Economía, Empresa y Trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*”, THONSOM-CIVITAS, Madrid 2003, pp. 13 ss.

¹⁵¹³ MONTOYA MELGAR, A., “*Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea*”, en “*Liber Amicorum. Economía, Empresa y Trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*”, THONSOM-CIVITAS, Madrid 2003, pp. 13 ss.

¹⁵¹⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del derecho de sociedades*), p. 301, que precisa, en pp. 301-302, “dejando un lado los intereses de los accionistas minoritarios que habrán de regirse por las normas generales del Derecho de sociedades. Por consiguiente, si hacemos una relación de los problemas a los que quizá se ha de prestar atención por parte del legislador son: la manifestación de la existencia del grupo, las relaciones entre las sociedades del grupo, la especial tutela de los socios externos, el régimen de la responsabilidad de los administradores y la responsabilidad de la sociedad dominante”.

¹⁵¹⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de julio de 2014.

¹⁵¹⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de julio de 2014.

¹⁵¹⁷ STS, Sala Primera, de lo civil, de 5 de abril de 2013.

¹⁵¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), pp. 294-297, precisa que “la dificultad de establecer una disciplina legislativa sobre los grupos de sociedades viene determinada por diversos factores, como la complejidad del fenómeno y sus variedades no sólo porque los criterios de clasificación de los grupos de sociedades, como es sabido, son muy diversos, sino también por la

forma difusa en que se manifiestan en la realidad social que resulta con frecuencia difícil de incardinarlos en una determinada estructura definida (...) un sector amplio de nuestra doctrina ha puesto de manifiesto que, dada la licitud y la existencia de los grupos, es necesaria esa regulación, ya que en otro caso se pone en crisis el Derecho de sociedades tradicional, que ha de modificarse teniendo en cuenta este hecho. En efecto la existencia de los grupos sin una normativa adecuada hace que la regulación del Derecho de sociedades, partiendo de la presunción de que cada sociedad es un ente independiente, que opera de forma autónoma en defensa de sus propios intereses, ofrezca soluciones injustas respecto de las cuestiones esenciales que plantea esa existencia”.

¹⁵¹⁹ SSTs, Sala de lo Social, de 16 de marzo de 1995 y 10 de octubre de 1996.

¹⁵²⁰ Indica LARENZ, K., op. ci. (*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*), pp. 114-115: “Para poder reclamar un indemnización a otra persona por el daño sufrido se necesita una causa en virtud de la cual puede hacerse responsable del daño. La causa puede ser que el daño se ha producido al realizar un acto prohibido por el Derecho y, por tanto antijurídico, ejecutado interviniendo culpa. Sin embargo ésta no es la única causa por la cual a alguien se le puede imputar el daño causado a otro, con el fin de que lo indemnice. La infracción antijurídica y culposa es sólo una entre las posibles razones de imputación del daño. Tenemos que distinguir la responsabilidad por no cumplimiento de un deber contractual (responsabilidad contractual) y la responsabilidad extracontractual. Esta última puede fundarse en un acto ilícito del dañador cometido culpablemente y puede descansar asimismo en que el suceso dañoso se imputa a un riesgo del cual, según la ley, ha de garantizar al dañado otra persona. A ello hay que añadir la responsabilidad por los actos dañosos de los auxiliares, los casos (...) de responsabilidad en virtud del principio de confianza y finalmente la indemnización a causa de un “sacrificio especial”. Aparecen, por tanto, diferentes principios de responsabilidad (...). Todos ellos son “Derecho justo”, aunque su configuración en cada derecho positivo pueda ser muy diferente”.

¹⁵²¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de Marzo de 2015.

¹⁵²² STS, Sala Primera, de lo Civil, 212/2013, de 5 de abril.

¹⁵²³ LARENZ, K., “*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*”, p. 67.

¹⁵²⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 303.

¹⁵²⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 303.

¹⁵²⁶ LARENZ, K., “*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*”, p. 95.

¹⁵²⁷ LARENZ, K., “*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*”, p. 96.

¹⁵²⁸ Como declaró el Tribunal Constitucional (STC 46/1983, de 27 de mayo), pertenece a la específica función de la jurisdicción laboral resolver quién era el “empresario verdadero” y quién operaba como “empresario aparente” para eludir gravosas consecuencias del orden laboral, “y ello con total independencia de las relaciones civiles y mercantiles existentes entre tales sujetos”. Afirmando la STS, Sala de lo Social, de 29 de junio de 1989 que “no obstante, la escueta redacción del artículo 1.º 2 del ET, que únicamente alude a personas físicas o jurídicas y a comunidades de bienes, sin contemplar los llamados grupos de empresas o holding, la jurisprudencia ha delimitado las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de tales realidades, que en determinados casos no pueden ser desconocidas, sobre todo, en la jurisdicción laboral, para procurar la defensa de los intereses del más débil frente al más fuerte, llegando en este sentido a declarar la responsabilidad solidaria de la empresa fuerte y económicamente solvente respecto a aquella otra que surge de ella sin patrimonio propio y sin otro propósito que el de eludir el cumplimiento de sus responsabilidades laborales”. Al principio de primacía de la realidad como metodología a emplear para delimitar la grupo de empresas a efectos laborales se refiere la jurisprudencia social, SSTs, Sala de lo Social de 3 de marzo y 8 de octubre de 1987, de 25 de septiembre de 1989 y de 30 de junio de 1993, afirmando: a) que “la responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociables subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir, y en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad”; b) que “pueden los Tribunales, para dispensar la tutela efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución “penetrar” en el sustratum personal de dichas entidades, levantando su “velo2, en protección de los derechos de quienes, de otro modo, resultarían perjudicados, pues su respeto -el del derecho de los demás- es uno de los fundamentales del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Ley Suprema”.

¹⁵²⁹Al reconocimiento de una personalidad en el ámbito laboral al grupo “como si se tratase de una sola empresa regida por el principio general de la responsabilidad solidaria de todos sus miembros, lo que encuentra justificación tanto en el principio de primacía de la realidad por encima de las normas jurídicas, concretando aquí en la conocida doctrina del “levantamiento del velo”, como para evitar el abuso del derecho o el fraude de ley -arts. 6.º 4 y 7.º 2 del Código Civil”, alude la STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

¹⁵³⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 303, precisa que la existencia del deber de comunicación, que interesa a socios y terceros, “aconseja que el grupo tenga su reflejo en el Registro mercantil, tanto en el caso de integración en el grupo por parte de una o varias sociedades, como en el de su separación, todo ello con el propósito de fomentar la transparencia respecto a unos supuestos que parecen con frecuencia de forma difusa. Frente a ese deber de inscripción del grupo de sociedades en el Registro mercantil puede alegarse la falta de personificación del grupo y su relativa indeterminación, pero a pesar de esa falta de personalidad parece evidente el interés de que la unidad económica que forma el grupo sea conocida por terceros por medio del Registro mercantil”.

¹⁵³¹ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 306.

¹⁵³² Indica SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), pp. 309-311, con relación a los grupos de sociedades, pero que es trasladable, *pari passu* y cambiando lo que deba ser cambiado, a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, lo siguiente: “La regulación debería partir de una delimitación de la noción de accionista externo, que se ha de referir a las sociedades dominadas o dependientes (...). Centrados, por consiguiente, en la delimitación de los socios externos en la sociedad dominada, han de calificarse como tales aquellos que no tengan participación en el capital de la sociedad dominante (...), la tutela de los socios externos ha de venir en primer lugar de su propio conocimiento de la situación de combinación o afiliación de la sociedad a la que pertenece. Cuestión de especial importancia que afecta no sólo a los socios externos, sino también a otras personas como son los acreedores y los trabajadores, por lo que ha de integrarse la tutela de los intereses de estas personas con el deber de comunicación de la integración de la sociedad en el grupo y su reflejo en el Registro mercantil”. (...). El aspecto patrimonial de la protección del socio externo puede concretarse, en primer lugar, en otorgarle un derecho de separación de la sociedad mediante la obtención de su precio que alcance el valor real de sus acciones, o bien el derecho de canje o permuta de sus acciones por las acciones de la sociedad dominante o de otras del grupo (...). El reconocimiento del derecho de separación de los socios externos, en los casos de afiliación o toma de control de una sociedad independiente, encuentra su fundamento en la alteración fundamental que sufre la sociedad, que (...), de ser un ente autónomo, se convierte en una sociedad bajo dirección unitaria. Antes esta alteración, quizá de tanta transcendencia (y en algunos casos más) que los supuestos de sustitución del objeto social o de cambio de domicilio al extranjero (...), ha de considerarse lógico que el ordenamiento jurídico conceda la imposibilidad al socio de elegir entre permanecer en la sociedad o abandonarla. Sin embargo a los efectos del derecho de separación del accionista parece necesario distinguir el régimen aplicable en el caso de que las acciones de la sociedad coticen en bolsa, de aquel que se aplica cuando no lo está. En el primer supuesto de sociedades cotizadas en Bolsa, en el que el accionista tiene la facultad de dejar de ser socio de la sociedad mediante la venta de sus acciones en el mercado de valores (...). En el segundo supuesto de sociedades no cotizadas es donde debe alterarse el Derecho de sociedades por el Derecho del grupo de sociedades y reconocer el derecho de separación de los socios externos, debiendo regularse la remuneración que ha de percibir el accionista, en plazo para ejercitar el derecho de separación, así como las garantías que deben ofrecerse al accionista con relación a la percepción del reembolso del valor de las acciones. Derecho de separación que pierde su razón de ser en el supuesto de que la sociedad dominante u otra sociedad del grupo adquiera las acciones del socio que manifiesta su propósito de ejercitar el derecho de separación de la sociedad”.

¹⁵³³ En este sentido cabe referirse al artículo 93.2.3º, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, según el cual se calificarán como subordinados los créditos de “las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso”.

¹⁵³⁴ LARENZ, K., “*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*”, p. 91, en donde añade: “porque poder confiar, (...), es condición fundamental para la vida pacífica colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres, y, por tanto de paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, (...), contraviene una exigencia que el Derecho -con independencia de cualquier mandamiento moral- tiene que poner a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad que garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferentes maneras”.

¹⁵³⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Sociedad cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades*), p. 326; LARENZ, K., op. cit. (*Derecho Civil. Parte General*), pp. 823-824.

¹⁵³⁶ SSTs, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de junio de 2006, 22 de mayo de 2007; Surgida en torno a la revisión de la responsabilidad del empresario por culpa “in eligendo, in invigilando vel inspiciendo”, derivada de los daños causados por los actos de sus trabajadores, y que ha sido objeto de una profunda revisión, y que ha sido concebida por parte de la doctrina como una responsabilidad extracontractual del empresario es vicaria o garantista ex lege, así CAVANILLAS MUGICA, S. “*La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*”, Editorial Aranzadi, Pamplona 1987, pp. 86-92.

¹⁵³⁷ LARENZ, K., “*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*”, p. 96, que añade: “Demanda también un respeto recíproco ante todo en aquellas relaciones jurídicas que requieren una larga y continuada colaboración, respeto al otro también en el ejercicio de los derechos y en general el comportamiento que se puede esperar entre sujetos que intervienen honestamente en el tráfico”. Sobre la “cláusula general” de buena fe y la concreción de este principio, pp. 97-98.

¹⁵³⁸ “La creación jurisprudencial del grupo de empresas laboral y la existencia del grupo ilícito (mal llamado patológico) se funda en la necesidad de evitar que, mediante la utilización abusiva de las relaciones entre las empresas del grupo se defrauden los derechos del trabajador, objetivo para el que, también, se utiliza la técnica del levantamiento del velo a fin de examinar la realidad del grupo y si es responsabilidad de la empresa dominante atender los derechos del trabajador. En el presente caso no hay que levantar ningún velo para conocer que, desde el momento en el que se crea el grupo y se constituye la Sociedad (...), esta es la empresa dominante y la titular de todo el patrimonio del grupo, cual consta en documentos y registros públicos, así como en los organismos públicos competentes en materia fiscal y de competencia. Es por tanto, el empresario real, el verdadero empresario con poder de decisión y legitimado a los efectos que nos ocupan como señalan nuestras sentencias de 16-9-2010 y 25-6-2014 entre otras”, indican en su Voto Particular, a la STS, Sala Cuarta, 20 de abril de 2015, los Magistrados Excmos. Sres. D. José Manuel López García de la Serrana, y D. José Luis Gilolmo López, y al que se adhieren los Magistrados Excmo. Sra. Doña María Milagros Calvo Ibarlucea, Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto

¹⁵³⁹ Una descripción relevante de la problemática de los grupos, con referencia específica a las “international mergers”, ha sido expuesta en el apartado “III. Problems for the creation and functioning of groups of companies: tensions between the interests of the group and its parts”, del capítulo 3, punto “3.4. The Functioning of Groups of Companies”, y apartado 3.5. “Corporate Restructuring and Mobility”, de “A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts”, Report elaborado por el “Group of High Level Company Law Experts” designado, en septiembre de 2001, por la Comisión Europea con el objetivo inicial de discurrir sobre la necesidad de modernización de derecho de sociedades europeo (company law in Europe).

¹⁵⁴⁰ SACRISTÁN REPRESA, M. op. cit. (*El grupo empresarial en el Derecho comunitario. Perspectivas ante los cambios actuales en la UE*), p. 21, precisa que es “idea angular en un Derecho de grupos moderno: el reconocimiento del grupo, en la medida en que no se considera simplemente como una anomalía, debe suponer la protección de los intereses lesionados real o potencialmente por el hecho de constituirse el grupo desde la consideración del interés del grupo. Si se reconoce su existencia, como manifestación de la empresa, resultante de un peculiar proceso de concentración, alternativo a la fusión, el resultado-el grupo- debe ser protegido en el ámbito jurídico”.

¹⁵⁴¹ PAZ-ARES, C., “Capítulo 54. Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en Curso de Derecho Mercantil, v. I, (segunda edición), Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 1478, que reitera en “Lección 28. Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en Lecciones de Derecho Mercantil, v. I, (undécima edición), Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 639, que precisa en pp. 1478-1479 y 639-640 respectivamente, “no hay en rigor integración o concentración económica cuando el grupo se origina internamente, mediante la reorganización de una sociedad en filiales (filialización o segregación de activos) o por medio de una paulatina constitución de nuevas sociedades para diversificar el crecimiento de la empresa y encauzar la explotación de las nuevas oportunidades de negocio que van presentándose. Por tanto, frente a lo que a menudo se afirma, el fenómeno de los grupos no puede asociarse exclusivamente a la concentración económica. De hecho, incluso en los supuestos de génesis externa, el grupo no se caracteriza específicamente por su función concentrativa, ya que ésta puede realizarse o alcanzarse a través de otras vías alternativas y, señaladamente, a través de la fusión. Es de observarse, por ello, que la especificidad del grupo de sociedades no radica tanto en la concentración de activos empresariales (el grupo no es una cuestión de tamaño), sino en una racionalización de la estructura de la empresa (el grupo es una cuestión de organización). En este sentido, el grupo de sociedades ha de verse como una forma de empresa -la empresa policorporativa- y, bajo ese punto de vista, entenderse como una respuesta organizativa

de las fuerzas del mercado a la exigencias de racionalización que impone el crecimiento de las empresas en dimensión, complejidad, nivel de actividades e implantación territorial”, aludiendo se seguido a esos factores que agrupa en “la diversificación de los riesgos”, “la especialización de actividades” y “la flexibilización de la organización”; EMBID IRUJO, J. M., op. cit. (*El contrato de constitución del grupo en el Derecho español*), p. 5337, alude a los “vínculos que el Derecho de grupos mantiene con el sector (...) de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Bien miradas las cosas, un grupo es un ejemplo particular de tal tipo de modificaciones”.

¹⁵⁴² Como sucede en el Derecho Alemán, indica LÓPEZ JACOISTE, J. J., op. cit. (*Entre dominación y responsabilidad: Una dialéctica del Derecho frente a la ley*), p. 364.

¹⁵⁴³ DUQUE DOMÍNGUEZ, F., op. cit., (*El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español*), p. 5303.

¹⁵⁴⁴ Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, F., op. cit. (*El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español*), pp. 5306-5307.

¹⁵⁴⁵STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de febrero de 2014.

¹⁵⁴⁶ Es importante recordar la doctrina jurisprudencial, recogida en la SSTs, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de abril de 2013 y 17 de julio de 2014, según la cual, en términos de la última sentencia citada: “Cada una de las sociedades integradas en un grupo de sociedades tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un “patrimonio de grupo”, ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, (...),o que de justifiquen de otro modo el levantamiento del velo. Y el levantamiento del velo puede ser esgrimido por el tercero frente a quienes pretenden aprovechar una personalidad jurídica formalmente diferenciada para obtener consecuencias antijurídicas, normalmente fraudulentas, de esa separación formal, cuando esa diferenciación de personalidades jurídicas no responda a una justificación lícita. Pero no pueden ser las propias personas jurídicas integradas en el grupo las que, en un momento determinado, puedan “levantar el velo” y decidir que, frente a un tercero ajeno al grupo, es improcedente la diferenciación de su personalidad jurídica y que frente a él han de aparecer y ser consideradas como si de una sola persona jurídica se tratara (...) “nuestro sistema reconoce la personalidad jurídica de las sociedades como centros de imputación de relaciones jurídicas, y si bien tanto la legislación como la jurisprudencia han reaccionado articulando mecanismos dirigidos a evitar que el respeto absoluto a dicha regla provoque disfunciones mediante la técnica del llamado “levantamiento del velo”, no son los propios socios los que pueden optar por utilizar la personalidad o desconocerla a su arbitrio””.

¹⁵⁴⁷ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A, “*Grupos de empresas de base contractual y derecho de la competencia*”, en “Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero”, v. V, McGRAWHILL, Madrid 2002, p. 5363.

¹⁵⁴⁸ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., op. cit., (*El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español*), pp. 5325-5326.

¹⁵⁴⁹ Así sucede en los supuestos de las agrupaciones de interés económico (nacionales o europeas), al tratarse de asociaciones que tienen un régimen de responsabilidad propio de las sociedades personalistas, no siendo ninguno de los empresarios asociados, en ningún caso, responsable de las deudas de los demás frente a los trabajadores dependientes de cada uno de ellos, en el caso de los “trust”, instituciones características y propias de los sistemas jurídicos anglosajones o de common law, que se adecuan a la noción misma de agrupación al constituir una noción abstracta, polisémica y plurifuncional, en los supuestos de las denominadas “empresas multinacionales”, cuando éstas no estén compuestas por empresas dependientes (filiales), asociadas y multigrupo de diferentes nacionalidades, sino que operen a través de sucursales o establecimientos en distintos países, o simplemente realicen directamente su actividad en diferentes Estados. Existen además otras formas de concentración económica, que no determinan un “empresario-grupo de empresas”, o lo configuran a limitados efectos, con diversidad de sindicatos y carteles, alianzas estratégicas y comunidades de intereses. Es el caso de los consorcios de empresas o de específicos y limitados acuerdos contractuales entre empresas, incluyendo “acuerdos entre caballeros” o “gentlemen’s agreements”. Las “joint ventures”, que incluyen toda una serie de acuerdos dirigidos al acometimiento de actividades conjuntas por diferentes empresas y pueden originar el nacimiento de un grupo empresarial con transcendencia laboral, pero

que en principio no lo constituyen, ni siquiera cuando aparecen las filiales comunes (“incorporated joint ventures”).

¹⁵⁵⁰ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., op. cit., (*El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español*), p. 5308.

¹⁵⁵¹ STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 27 de Mayo de 2013.

¹⁵⁵² Continúa aquella misma jurisprudencia afirmando que “éste es el concepto amplio que sigue el art. 42.1 CCo, al entender que una sociedad es “dominante” de otra (“dominada” o “filial”) cuando posee la mayoría de capital, la mayoría de votos o la mayoría de miembros del órgano de administración; concepto amplio que se desprende también del art. 4 LMV (Ley 24/1988, de 24 de Julio ; en su redacción anterior a la Ley 47/2007, de 19/Diciembre), cuando disponía que “se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás”; en la misma línea se (encontraba) el art. 2 RD 1343/1992 (6 de Noviembre , de desarrollo de la Ley 13/1992, de 1 de Junio, sobre entidades financieras), al preceptuar que para “determinar si existe una relación de control se atenderá a los criterios previstos en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores “; en similar sentido, aludiendo a la concreta “unidad de decisión” se refiere el art. 78 LCoop (Ley 27/1999, de 16 de Julio); en parecidos términos se manifestaba el art. 87 LSA (ya derogada por el RD Legislativo 1/2010), al normar que “se considerará sociedad dominante a la sociedad que, directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación”; más sencillamente, el actual art. 4 LMV (redacción proporcionada por la aludida Ley 47/2007), dispone que (a) los efectos de esta Ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio”; y en igual sentido se indica en el art. 19 del TR de la Ley de Sociedades de Capital (indicado RD Legislativo 1/2010, de 22 de Diciembre), que “(a) los efectos de esta Ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio , y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otra”. Por otra parte ha de destacarse que nuestra tendencia legislativa es coincidente con la del Derecho comunitario, expresada en los arts. 1.2 ° y 2 de la Directiva 7ª (13 de Junio de 1983, que ha sido derogada, conjuntamente con la Directiva 78/660/CEE, por la Directiva 2013/34 /UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo) y en el art. 2 de la Directiva 94/45/CE, de 22 de Septiembre de 1994 (traspuesta a nuestro Derecho por referida Ley 10/1997, de 24 de Abril) y para el que “1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: b) “grupo de empresas”: un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas”. En todo caso hemos de destacar que la concepción amplia del “grupo” responde a las recomendaciones del “Forum Europaeum””.

¹⁵⁵³ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., op. cit., (*El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español*), p. 5307.

¹⁵⁵⁴ “La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial”, afirma la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 3 de abril de 2014; “No es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales”, indica las SSTs, Sala de lo Social, de 30 de enero , 9 de mayo y 19 de noviembre de 1990, 30 de junio de 1993, 26 de enero de 1998, 21 de diciembre de 2000, 26 de septiembre de 2001, 23 de enero 4 de abril de 2002, y 20 de marzo de 2013.

¹⁵⁵⁵ STS, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2001.

¹⁵⁵⁶ Indica la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de octubre de 2001, que “habitualmente, la doctrina más destacada en el estudio de estos fenómenos empresariales dibuja una triple modalidad de agrupaciones de empresas: 1. Contractual, en la que un acuerdo o convenio aglutina y une de algún modo a dos o más sociedades, sea en forma horizontal (suma de empresas concurrentes en la misma fase y sector productivos), sea en forma vertical (suma de empresas interesadas en fases consecutivas del proceso productivo o de servicio, provocando una concatenación ordenada de actuación), sea en forma complementaria (en la que las empresas que se unen no pertenecen al mismo sector productivo o de servicios, más una de ellas lo presta a otra en tanto a esta última le interesa). 2. Vinculación financiera, en cuyo caso el enlace o unión entre empresas se da mediante la participación más o menos grande, de unas en los capitales de las otras. 3. Enlazamiento de carácter personal, lo que se lleva a cabo mediante el nombramiento de administradores

comunes. Otra interesante modalidad son los holdings, que configuran una unión mucho más firme, pues entrelaza a las sociedades haciéndolas partícipes en sus respectivos capitales o provocando que una de ellas, la dominante, penetre el capital de la filial, adquiriendo así un cierto grado de dominio sobre ella y conllevando todo ello, en definitiva una dirección unitaria, pudiendo llegarse a una situación de autonomía más aparente que real. En ocasiones, esa relación empresa-dominada se logra atrayendo la primera el todo, o la gran parte del capital de la segunda; es la dominante la que, incluso, toma la iniciativa creadora y hace nacer a la dominada, reservándose el total o la mayor parte de su capital. En nuestro derecho positivo encuentra plena legitimidad dentro de la propia Constitución, cuyo artículo 38 establece que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación”. Este precepto, que supone la aceptación al máximo nivel jerárquico normativo, del sistema económico de la libertad de mercado, encuentra relativos precedentes en el artículo 131 de nuestra Constitución de 1812, artículo 25 de la Constitución de 1869 y artículo 33 de la Constitución de 1931 y en el artículo 41 de la Constitución de la República Italiana de 1947”.

¹⁵⁵⁷ ENGRÁCIA ANTUNES, J. A., “*Os grupos de Sociedades*”, 2ª edición, Almedina, Coimbra 2002, p. 169.

¹⁵⁵⁸ ENGRÁCIA ANTUNES, J. A., op. cit., (*Os grupos de Sociedades*), p. 169.

¹⁵⁵⁹ ENGRÁCIA ANTUNES, J. A., op. cit., (*Os grupos de Sociedades*), p. 170.

¹⁵⁶⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del derecho de sociedades*), p. 297.

¹⁵⁶¹ SACRISTÁ REPRESA, M., “*El grupo empresarial en el Derecho comunitario. Perspectivas ante los cambios actuales en la UE*”, en “*Estudios de Derecho mercantil europeo*” (Pérez Carrillo, E. F., Coord.), Marcial Pons, Madrid 2005, p. 185.

¹⁵⁶² Indica SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del derecho de sociedades*), pp. 299-300, que “a la hora de valorar los distintos caminos para realizar la difícil tarea de una regulación sustantiva de los grupos de sociedades, no parece aconsejable seguir el modelo contractual germánico, que aun estando limitado a las sociedades anónimas, ofrece una regulación complicada, con la que no se encuentra conforme buen parte de la doctrina alemana que propone su revisión. Por otro lado, el llamado “modelo orgánico” del Derecho comunitario proyectado, que partía de la mera constatación de la existencia de un conjunto de sociedades subordinadas a una dirección económica unitaria, con independencia del origen de esas dirección, fue regulado por ese Derecho en los proyectos de sus versiones de los años setenta tanto en la redacción de 1975 del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, como en los proyectos de 1974 de la 9ª directiva comunitaria, siendo criticado por su rigidez, y de momento abandonado. No obstante, a pesar d éstas críticas parece conveniente partir con ciertas reservas del modelo orgánico en tanto en cuanto se hace necesario que su delimitación sea relativamente más precisa, y que se efectúe una regulación de los grupos de la forma más sucinta posible, limitándose a afrontar los problemas fundamentales que plantea su existencia, sin perjuicio de que en el futuro se complete su regulación”.

¹⁵⁶³ Elaborado en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación por una Ponencia integrada por los profesores Sánchez Calero, F., Bercovitz Rodríguez-Cano, A. y Rojo Fernández-Rio, A., por encargo del Ministerio de Justicia y que fue aprobado por aquella Comisión el 16 de mayo de 2002.

¹⁵⁶⁴ En una perspectiva histórica sobre las nociones legales de “grupos de sociedades” en nuestro Derecho resulta que en el artículo 87 (Según redacción dada por Ley 2/1995, de 23 de marzo (disp. adic. segunda, 10), del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (Texto refundido de la ley de Sociedades Anónimas, LSA) se contenía una regulación destacable, a los efectos de los grupos de sociedades, en relación con participaciones recíprocas. Precisamente en éste precepto se establecía una noción de sociedad dominante que enlazaba con la regulación contenida en el Código de Comercio sobre consolidación de cuentas, interesando destacar como aquella norma puso de manifiesto el carácter predominante de ésta regulación en materia de grupos, en la medida en que trasponía una noción económica. Efectivamente, se indicaba en aquel precepto legal lo siguiente: “Se considerará sociedad dominante a la sociedad que, directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación”. La “conexión financiera y económica”, o con la regulación contable, se evidenciaba cuando, a reglón seguido, el mismo precepto establecía lo que sigue: “En particular, se presumirá que una sociedad puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando se encuentre con relación a ésta en alguno de los supuestos previstos en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio o, cuando menos, la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta”. También en el derecho del mercado de valores se establecía una noción de grupo, que igualmente entroncaba con la noción de derecho

contable referida a la consolidación de cuentas. Así inicialmente la dicción literal del artículo 4 LMV era la siguiente: “Se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a uno o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto”. Posteriormente y tras su modificación por Ley 47/2007, de 9 de diciembre, aquel precepto se limitó a indicar que, a efectos de la LMV “se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio”. Incluso antes de su modificación la vinculación con el derecho contable ya se explicitaba cuando la misma norma precisaba que “se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los Consejeros de la dominada sean Consejeros o altos cargos de la dominante, o de otra dominada por ésta”.

¹⁵⁶⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del derecho de sociedades*), p. 301.

¹⁵⁶⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del derecho de sociedades*), p. 301.

¹⁵⁶⁷ El PCSM regulaba también la consolidación de cuentas, bien que en el texto proyectado aquel deber de consolidar no se revelaba como referente o núcleo del nuevo fenómeno empresarial, sino como una consecuencia de la existencia del grupo, atribuyéndose la obligación de consolidación a la sociedad dominante. La definición del “perímetro de la consolidación” mediante referencia explícita a las sociedades multigrupo (artículo 604 PCSM) y a las sociedades asociadas (605 PCSM) ofrecía una idea clara de los límites del grupo.

¹⁵⁶⁸ Como se indica en la exposición de motivos de la Ley 16/2007, de 4 de julio, “de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea”: “El proceso de armonización de las normas contables en la Unión Europea, se inserta dentro de la armonización del derecho de sociedades. En particular, sobre la base del marco delimitado por la Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad y la Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas. Al amparo de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, se inició este proceso en nuestro país que implicó la modificación del Código de Comercio, aplicable a todos los empresarios, introduciendo en él reglas mucho más precisas que las existentes con anterioridad en la contabilidad empresarial. Este proceso de normalización contable que continuó con la aprobación del Texto Refundido de la Ley de sociedades Anónimas, mediante Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, concluyó en una primera fase con la aprobación del Plan General de Contabilidad, a través del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, y de las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, aprobadas por real Decreto 1815/1991 de 20 de diciembre. A partir de ese momento, se ha ido configurando un auténtico Derecho Contable en España, incardinado en el Derecho Mercantil, y caracterizado por la existencia de unos principios generales reconocidos en dichas normas legales, que a su vez han dotado a este Derecho de una sustantividad propia”.

¹⁵⁶⁹ De “norma básica” en materia de grupos lo trata DUQUE DOMÍNGUEZ, J., op. cit., (*El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español*), p. 5310; Indica SACRISTAN REPRESA, M., op. cit. (*Capítulo Octavo. El Grupo Empresarial en el Derecho Comunitario. Perspectiva ante los cambios actuales en la UE*), p. 210, que “aún persiste la necesidad de establecer el pale que el “control” tiene en la definición del grupo, por referencia a la “unidad de dirección”.

¹⁵⁷⁰ La Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo, efectúa, en su artículo 3 una clasificación por categorías, diferenciando entre grupos pequeños, medianos y grandes (artículo 3.5, 6 y 7), estando los grupos pequeños exentos de elaborar los estados financieros y el informe de gestión consolidado (artículo 23.1), y pudiendo los Estados miembros exonerar de dicha obligación a los grupos medianos, salvo en los casos en que una empresa filial de una entidad de interés público.

¹⁵⁷¹ Punto en que “se ha de recordar (que) la regulación de las cuentas anuales de los grupos de sociedades con motivo de la adaptación de nuestra legislación mercantil al Derecho comunitario”, ha sido más amplia que la comunitaria, pues “a diferencia de lo que exigía en un principio el Derecho comunitario que limitaba la obligación de consolidación cuando la sociedad dominante era una “sociedad de capitales”, el artículo 42 (C .de c.) extendió el deber de consolidación de las cuentas a los casos en que la sociedad dominante fuera cualquier sociedad mercantil”, SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del derecho de sociedades*), p. 298. Además en la regulación contable mercantil se establece la posibilidad de que

cualquier persona física o jurídica consolide cuentas, si ostenta la posición pertinente, en un grupo o “unidad de decisión”, y que cuando lo haga habrá de seguir lo establecido en el C. de c. sobre el particular; La Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo, contiene en sus considerandos las siguientes precisiones en los Considerandos siguientes:⁽³¹⁾ En los estados financieros consolidados deben presentarse las actividades de una sociedad matriz y de sus filiales como si se tratara de una sola entidad económica (un grupo). Las empresas controladas por la sociedad matriz deben considerarse filiales de la misma. El control se basará en la titularidad de una mayoría de los derechos de voto, pero también podrá existir en los casos en que existan acuerdos con accionistas o socios. En ciertas circunstancias, podrá ejercerse un control efectivo cuando la sociedad matriz sea titular de una proporción minoritaria de acciones o no sea titular de ninguna acción de la filial. Los Estados miembros deben estar facultados para exigir que las empresas no sujetas a control, pero que se hallen bajo una dirección única o estén sometidas a un órgano de administración, dirección o supervisión común, se incluyan en los estados financieros consolidado; ⁽³²⁾ Una empresa filial que, a su vez, sea sociedad matriz, debe elaborar estados financieros consolidados. En cualquier caso, los Estados miembros deben estar habilitados para eximir a tal sociedad matriz de la obligación de elaborar dichos estados financieros consolidados en ciertas circunstancias, siempre que sus socios y terceros gocen de la protección suficiente;⁽³³⁾ Los pequeños grupos deben estar exentos de la obligación de preparar estados financieros consolidados, ya que los usuarios de los estados financieros de las pequeñas empresas no tienen necesidades de información complejas, y puede resultar costoso elaborar tales documentos, además de los estados financieros anuales de la sociedad matriz y de las filiales. Los Estados miembros deben poder eximir a las pequeñas y medianas empresas de la obligación de elaborar estados financieros consolidados por los mismos motivos de relación coste-beneficio, a menos que la empresa ligada sea una entidad de interés público; ⁽³⁴⁾ La consolidación exige la inclusión plena de los elementos del activo y del pasivo y de los ingresos y gastos de las empresas pertenecientes a un grupo, la publicación separada de las participaciones no dominantes en el balance consolidado en la partida de “Capital y reservas” y la publicación separada de las participaciones de tal índole en la partida de “Pérdidas y ganancias” del grupo en las cuentas de pérdidas y ganancias consolidadas. En todo caso, deben efectuarse las correcciones necesarias para eliminar los efectos de las relaciones financieras entre las empresas consolidadas”.

¹⁵⁷²“Para identificar a la adquirente -la entidad que obtiene el control de la adquirida- deberán utilizarse las directrices de la NIIF 10 Estados financieros consolidados”, precisa la NIIF 3, apartado B 13.

¹⁵⁷³ LÓPEZ JACOISTE, J. J., op. cit. (*Entre dominación y responsabilidad: Una dialéctica del Derecho frente a la ley*), p. 363.

¹⁵⁷⁴ Artículo 93.1.3º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹⁵⁷⁵ LÓPEZ JACOISTE, J. J., op. cit. (*Entre dominación y responsabilidad: Una dialéctica del Derecho frente a la ley*), p. 364.

¹⁵⁷⁶ “La jurisprudencia y la doctrina judicial vienen defendiendo unánimemente, por todas STS 19-12-2012, SAN 26- 07-2012, SAN 28-09-2012, 18-12-2012, SAN 25-02-2013, y STS 20-03-2013, que si el empresario real es el grupo de empresas a efectos laborales y no la empresa, que contrata formalmente a los trabajadores, el período de consultas debe realizarse con todas las empresas del grupo y consecuentemente con los representantes de los trabajadores de todas las empresas del grupo, debiendo aportarse la documentación de todas las empresas del grupo. Por consiguiente, cuando concurre grupo de empresas a efectos laborales es obligación del grupo promover como tal el despido y si no lo hiciere así, es obligación de los representantes de los trabajadores, en aras a la buena fe requerida en la negociación del período de consultas, quienes deben exigir que la negociación se realice con el grupo como tal, para dar la oportunidad al grupo de aceptar dicha negociación u oponerse fundadamente a la misma, en cuyo caso, si se acredita en el juicio, que la empresa real es el grupo como tal, cuando este se haya negado a negociar y a aportar la documentación, exigida legal y reglamentariamente, la consecuencia inexorable será la nulidad del despido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS”, indica la SAN, Sala de lo Social, de 13 de enero de 2014, Según la sentencia del mismo Tribunal y Sala de 15 de octubre de 2014, ““cuando, (...) la empresa que inicia el procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo señalado (...), siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a

realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento”; Establece el artículo 51.8 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que “las obligaciones de información y documentación previstas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza el control sobre él. Cualquier justificación del empresario basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no le ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto”; “La falta de entrega a los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas de la contabilidad real de las empresas integrantes del indiscutido grupo a los efectos laborales, pues desde hacía años de las operaciones comerciales realizadas con una serie de clientes no quedaba constancia en la contabilidad de las empresa, impidió una verdadera negociación durante las referidas consultas y comporta el incumplimiento de la exigencia legal de que “durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”, lo que determinó la nulidad del despido colectivo, indica la STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 18 de febrero de 2014.

¹⁵⁷⁷ Norma Internacional de Información Financiera 10 Estados Financieros Consolidados, Apéndice A Definiciones de términos, y Norma Internacional de Contabilidad 28, Inversiones en entidades asociadas y en negocios conjuntos. Definiciones, apartado 3, que se reitera en Norma Internacional de Contabilidad 27. Estados financieros separados. Definiciones, apartado 4, primer párrafo.

¹⁵⁷⁸ Norma Internacional de Contabilidad 27. Estados financieros separados. Definiciones apartado 4, segundo párrafo.

¹⁵⁷⁹ “En una adquisición inversa, la adquirente a efectos contables generalmente no emite contraprestación por la adquirida. En su lugar, la adquirida a efectos contables generalmente emite sus acciones para los propietarios de la adquirente a efectos contables. Por consiguiente, el valor razonable en la fecha de adquisición de la contraprestación transferida por la adquirente a efectos contables por su participación en la adquirida a efectos contables se basa en el número de instrumentos de patrimonio de la dependiente legal que habría sido necesario emitir para dar a los propietarios de la dominante legal el mismo porcentaje de instrumentos de patrimonio en la entidad combinada que proceda de la adquisición inversa. El valor razonable del número de instrumentos de patrimonio calculado de esa forma puede utilizarse como valor razonable de la contraprestación transferida a cambio de la adquirida”, precisa la Norma Internacional de Información Financiera 3, combinaciones de negocios, apartado B.20.

¹⁵⁸⁰ “Los estados financieros consolidados elaborados siguiendo una adquisición inversa se emitirán bajo el nombre de la dominante legal (adquirida a efectos contables), pero se describirán en las notas como una continuación de los estados financieros de la dependiente legal (adquirente a efectos contables), con un ajuste, que se realizará retroactivamente en el capital legal de la adquirente a efectos contables para reflejar el capital legal de la adquirida a efectos contables. Este ajuste se requiere para reflejar el capital de la dominante legal (adquirida a efectos contables). También se ajustará retroactivamente la información comparativa presentada en dichos estados financieros consolidados para reflejar el capital legal de la dominante legal (adquirida a efectos contables)”, indica la Norma Internacional de Información Financiera 3, combinaciones de negocios, apartado B.21.

¹⁵⁸¹ Artículo 1 de las Normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, anexas al Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre; Se indica en el punto 3 del preámbulo a las Normas para la formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, anexas al Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre: “La idea de control de una sociedad por otra es el aspecto clave para identificar la relación dominante-dependiente y, en consecuencia, la obligación de consolidar, pudiendo llegarse a dicha conclusión aunque el control sea pasivo, es decir, ante la mera posibilidad de su ejercicio, sin que éste resulte efectivo. Adicionalmente, como desarrollo del artículo 42 del Código de Comercio, se precisa que el control se puede ejercer sin participación, configurándose a partir de esta conclusión una nueva tipología de sociedades dependientes, las denominadas “entidades de propósito especial”, para cuya identificación uno de los aspectos más relevantes a considerar será la participación del grupo en los riesgos y beneficios de la entidad. Si el control existe no solo cuando se ejerce en términos reales, sino también ante la mera posibilidad de su ejercicio, una lógica consecuencia es la necesidad de considerar los derechos potenciales de voto para apreciar su existencia. A la hora de aplicar este criterio, los administradores deberán computar todos los que se hayan emitido, y no solo los que posea la empresa, diferenciando claramente en esta tarea los derechos estrictamente potenciales de los acuerdos que en la fecha en que se evalúa el control otorgan a la sociedad una participación económica, dado que en este

último caso, en esencia, la entidad asume sus riesgos y beneficios y, por tanto, el tratamiento contable de la citada participación deberá realizarse a todos los efectos como si de una participación efectiva se tratase”.

¹⁵⁸² Sobre la “categoría contable de la combinaciones de negocios” FERNÁNDEZ DEL POZO, L, op. cit. (*Derecho contable de fusiones y escisiones*), pp. 15-23, el mismo autor define el “ambiguo” concepto de combinación de negocios, en op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), pp. 53 ss., indicando en p. 55 que “el núcleo de la definición descansa (...), en: 1º) La adquisición del control y; 2º) La existencia de uno o varios negocios (business) respecto de los que se produce ese cambio de control. Por el contrario es indiferente 3º) La forma jurídica de instrumentación”.

¹⁵⁸³ En la norma 19 (Combinaciones de negocios) del Plan General de Contabilidad, Segunda Parte, tras las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, se definen las combinaciones de negocios y se establece que las empresas adquiridas que se extingan en una combinación de negocios, deberán registrar el traspaso de los activos y pasivos integrantes del negocio transmitido cancelando las correspondientes partidas del balance y reconociendo el resultado de la operación en la cuenta de pérdidas y ganancias, por diferencia entre el valor en libros del negocio transmitido y el valor razonable de la contraprestación recibida a cambio, neta de los costes de transacción. En los supuestos de adquisición inversa, la citada diferencia se contabilizará como un ingreso o gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa absorbente o beneficiaria adquirida, sin perjuicio de su posterior eliminación. Empresa adquirente es aquella que obtiene el control sobre el negocio o negocios adquiridos. En cualquier caso, la eficacia de la fusión o escisión quedará supeditada a la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, a la inscripción de la absorción, y por tanto la obligación de formular cuentas anuales subsiste hasta la fecha en que las sociedades que participan en la fusión se extingan.

¹⁵⁸⁴ Norma Internacional de Contabilidad 28, Inversiones en entidades asociadas y en negocios conjuntos, Definiciones, apartado 3.

¹⁵⁸⁵ Norma Internacional de Información Financiera 11, Acuerdos conjuntos.

¹⁵⁸⁶ Norma Internacional de Información Financiera 11, Acuerdos conjuntos, apartados 5, 6 y 7 , añadiéndose, en el apartado 8, que “una entidad que forme parte de un acuerdo deberá evaluar si el acuerdo contractual otorga a todas las partes, o a un grupo de ellas, el control colectivo del acuerdo. Todas las partes, o un grupo de ellas, controlan colectivamente un acuerdo cuando deben actuar juntas para dirigir las actividades que influyan de forma significativa en los rendimientos del acuerdo (es decir, las actividades relevantes); En el apartado 9, que “una vez que haya quedado establecido que todas las partes, o un grupo de ellas, controlan el acuerdo colectivamente, solo existirá control conjunto cuando las decisiones sobre las actividades relevantes requieran el consentimiento unánime de todas las partes que controlan colectivamente el acuerdo”; En el apartado 10, que “en un acuerdo conjunto, ninguna de las partes controla el acuerdo por sí sola. Una parte que ejerza el control conjunto de un acuerdo puede impedir que cualquier otra parte o grupo de partes controle el acuerdo”, y en el apartado 11, que “un acuerdo puede ser conjunto incluso si no todas las partes que lo componen ejercen el control conjunto de este. Esta NIIF distingue entre las partes que ejercen el control conjunto de un acuerdo conjunto (operadores conjuntos o partícipes en negocios conjuntos) y las que participan en un acuerdo conjunto pero no ejercen el control conjunto de este”; En la 20ª, “Negocios conjuntos”, del Plan General de Contabilidad, Parte segunda, se establece lo siguiente: 1. Ámbito de aplicación. Un negocio conjunto es una actividad económica controlada conjuntamente por dos o más personas físicas o jurídicas. A estos efectos, control conjunto es un acuerdo estatutario o contractual en virtud del cual dos o más personas, que serán denominadas en la presente norma “partícipes”, convienen compartir el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación sobre una actividad económica con el fin de obtener beneficios económicos, de tal manera que las decisiones estratégicas, tanto financieras como de explotación, relativas a la actividad requieran el consentimiento unánime de todos los partícipes; 2. Categorías de negocios conjuntos. Los negocios conjuntos pueden ser: a) Negocios conjuntos que no se manifiestan a través de la constitución de una empresa ni el establecimiento de una estructura financiera independiente de los partícipes, como son las uniones temporales de empresas y las comunidades de bienes, y entre las que se distinguen: a1) Explotaciones controladas de forma conjunta: actividades que implican el uso de activos y otros recursos propiedad de los partícipes. a2) Activos controlados de forma conjunta: activos que son propiedad o están controlados conjuntamente por los partícipes. b) Negocios conjuntos que se manifiestan a través de la constitución de una persona jurídica independiente o empresas controladas de forma conjunta; 2.1. Explotaciones y activos controlados de forma conjunta. El partícipe en una explotación o en activos controlados de forma conjunta registrará en su balance la parte proporcional que le corresponda, en función de su porcentaje de participación, de los activos controlados conjuntamente y de los pasivos incurridos conjuntamente, así como los activos afectos a la explotación conjunta que estén bajo su control y los pasivos incurridos como consecuencia del negocio conjunto. Asimismo reconocerá en su cuenta de pérdidas y

ganancias la parte que le corresponda de los ingresos generados y de los gastos incurridos por el negocio conjunto, así como los gastos incurridos en relación con su participación en el negocio conjunto, y que de acuerdo con lo dispuesto en este Plan General de Contabilidad deban ser imputados a la cuenta de pérdidas y ganancias. En el estado de cambios en el patrimonio neto y estado de flujos de efectivo del partícipe estará integrada igualmente la parte proporcional de los importes de las partidas del negocio conjunto que le corresponda en función del porcentaje de participación establecido en los acuerdos alcanzados. Se deberán eliminar los resultados no realizados que pudieran existir por transacciones entre el partícipe y el negocio conjunto, en proporción a la participación que corresponda a aquél. También serán objeto de eliminación los importes de activos, pasivos, ingresos, gastos y flujos de efectivo recíprocos. Si el negocio conjunto elabora estados financieros a efectos del control de su gestión, se podrá operar integrando los mismos en las cuentas anuales individuales de los partícipes en función del porcentaje de participación y sin perjuicio de que debe registrarse conforme a lo previsto en el artículo 28 del Código de Comercio. Dicha integración se realizará una vez efectuada la necesaria homogeneización temporal, atendiendo a la fecha de cierre y al ejercicio económico del partícipe, la homogeneización valorativa en el caso de que el negocio conjunto haya utilizado criterios valorativos distintos de los empleados por el partícipe, y las conciliaciones y reclasificaciones de partidas necesarias; 2.2. Empresas controladas de forma conjunta. El partícipe registrará su participación en una empresa controlada de forma conjunta de acuerdo con lo previsto respecto a las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas en el apartado 2.5 de la norma relativa a instrumentos financieros”.

¹⁵⁸⁷ Indican SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., op. cit., *Instituciones de Derecho Mercantil*, v. I), p. 852; Según él. Considerando 31 de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas: “En los estados financieros consolidados deben presentarse las actividades de una sociedad matriz y de sus filiales como si se tratara de una sola entidad económica (un grupo). Las empresas controladas por la sociedad matriz deben considerarse filiales de la misma. El control se basará en la titularidad de una mayoría de los derechos de voto, pero también podrá existir en los casos en que existan acuerdos con accionistas o socios. En ciertas circunstancias, podrá ejercerse un control efectivo cuando la sociedad matriz sea titular de una proporción minoritaria de acciones o no sea titular de ninguna acción de la filial. Los Estados miembros deben estar facultados para exigir que las empresas no sujetas a control, pero que se hallen bajo una dirección única o estén sometidas a un órgano de administración, dirección o supervisión común, se incluyan en los estados financieros consolidados. En términos laborales se alude a una única empresa o único empresario”. Indicándose por la STSJ de Andalucía (Sede Sevilla), Sala de lo Social, de 26 de enero de 2012, que “en el ámbito de las relaciones laborales, conforme lo ordena el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores (E.T.), reúne la condición de empresario la persona física o jurídica, o la comunidad de bienes, que reciba la prestación de los servicios efectuados por otra en forma personal, voluntaria, remunerada y dentro de su ámbito de organización y dirección. Cualidad que no depende de su asunción formal, pues nuestro ordenamiento no autoriza las conductas que, realizadas al amparo de una norma, persigan contrariar lo dispuesto en otra. Como remedio sumamente eficaz para esterilizarlas, el artículo 6.4 del Código Civil (CC) dispone que, en tales casos, se aplique la norma que se quiso eludir. Uno de esos supuestos es aquél en el que, bajo la apariencia formal de varias empresas, se encubre una única. Lo decisivo, a este respecto, es que todas ellas actúen bajo una dirección unitaria (cualquiera que sea el modo en que ello ocurra) y desbordando, entre sí, los límites propios de las unidades independientes que aparentan ser. Nada hay que objetar a que, por razones de estrategia empresarial, se actúe a través de una empresa única o que, en otros casos, por causas muy variadas (por ejemplo, diversificación del riesgo etc.), se utilicen técnicas de segregación, de tal forma que se constituyan varias, cada una de las cuales quede sujeta a una titularidad diversa y desarrolle una actividad concreta. Ahora bien, si se opta por esto último, cada empresa habrá de actuar en forma separada, respetando los límites derivados de esa diferente titularidad, lo que conlleva no mezclar sus patrimonios, sus actividades o sus plantillas ni ofrecerse al exterior bajo esa imagen de una única empresa. De no hacerlo así, al menos desde el punto de vista de las relaciones laborales, esa actuación unitaria de todas conlleva que la empresa sea el conjunto de ellas, al margen de las apariencias jurídicas creadas, y, por tanto, que la condición de empresario recaiga en todos los que figuran como titulares de las varias empresas que, aunque formalmente distintas, actúan en realidad como única, con la consiguiente responsabilidad solidaria de quienes la integran”.

¹⁵⁸⁸ Artículo 24.7 de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo.

¹⁵⁸⁹ Artículo 24.7 de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de

ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo.

¹⁵⁹⁰ Artículos 41-49 de las Normas para la formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, anexas al Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre.

¹⁵⁹¹ Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo, Considerando 33, y artículo 23.

¹⁵⁹² Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo, Considerando 34.

¹⁵⁹³ Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo, Considerando 34 y artículo 24.2.

¹⁵⁹⁴ Añadiéndose que “en particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los (dos primeros) casos previstos”; “Nota del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas relativa a los criterios aplicables en la formulación de cuentas anuales consolidadas según los criterios del Código de Comercio para los ejercicios que comiencen a partir de 2008”.

¹⁵⁹⁵ Indica el punto del artículo 2 de las Normas para la formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, anexas al Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre lo siguiente: “Además de las situaciones descritas, pueden darse circunstancias de las cuales se deriva control por parte de una sociedad aun cuando ésta posea la mitad o menos de los derechos de voto, incluso cuando apenas posea o no posea participación alguna en el capital de otras sociedades o empresas, o cuando no se haya explicitado el poder de dirección, como en el caso de las denominadas entidades de propósito especial. Al valorar si dichas entidades forman parte del grupo se tomarán en consideración, entre otros elementos, la participación del grupo en los riesgos y beneficios de la entidad, así como su capacidad para participar en las decisiones de explotación y financieras de la misma. Las siguientes circunstancias, entre otras, podrían determinar la existencia de control: a) Las actividades de la entidad se dirigen en nombre y de acuerdo con las necesidades de la sociedad, de forma tal que ésta obtiene beneficios u otras ventajas de las operaciones de aquélla; b) La sociedad tiene un poder de decisión en la entidad, o se han predefinido sus actuaciones de tal manera que le permite obtener la mayoría de los beneficios u otras ventajas de las actividades de la entidad; c) La sociedad tiene el derecho a obtener la mayoría de los beneficios de la entidad y, por lo tanto, está expuesta a la mayor parte de los riesgos derivados de sus actividades; d) La sociedad, con el fin de disfrutar de los beneficios económicos de las actividades de la entidad, retiene para sí, de forma sustancial, la mayor parte de los riesgos residuales o de propiedad relacionados con la misma o con sus activos”.

¹⁵⁹⁶ Artículo 22.1.c de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo.

¹⁵⁹⁷ LÓPEZ JACOISTE, J. J., op. cit. (Entre dominación y responsabilidad: Una dialéctica del Derecho frente a la ley), p. 362.

¹⁵⁹⁸ Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo, Considerando 31, in fine.

¹⁵⁹⁹ Se precisa en el artículo 3 de las Normas para la formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, anexas al Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre: “1. Para determinar los derechos de voto, se añadirán a los que directamente posea la sociedad dominante, los que correspondan a las sociedades dependientes de ésta o que posea a través de otras personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de alguna sociedad del grupo y aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona; 2. A efectos de lo previsto

en el apartado anterior el número de votos que corresponde a la sociedad dominante, en relación con las sociedades dependientes indirectamente de ella, será el que corresponda a la sociedad dependiente que posea directamente los derechos de voto sobre éstas o a las personas que actúen por cuenta de o concertadamente con alguna sociedad del grupo; 3. Al calcular si una determinada sociedad posee o puede disponer de la mayoría de los derechos de voto de otra, se tomará en consideración la existencia de derechos de voto potenciales derivados de instrumentos financieros que sean en ese momento ejercitables o convertibles, incluyendo los derechos de voto potenciales poseídos por cualquier persona ajena al grupo. Al evaluar si los derechos de voto potenciales contribuyen al control, se examinarán todos los hechos y circunstancias, incluidas las condiciones de ejercicio de tales derechos potenciales y cualquier otro acuerdo contractual, considerados aislada o conjuntamente, que afecten a esos derechos potenciales, sin tener en cuenta ni la intención de la dirección de ejercerlos o convertirlos ni la capacidad financiera para llevarlo a cabo. Los derechos de voto potenciales no se tendrán en cuenta para calcular la participación de los socios externos (...), así como las proporciones del resultado y de los cambios en el patrimonio neto, asignadas a la sociedad dominante y a los socios externos (...). Estos importes se determinarán sobre la base de las participaciones efectivas en la propiedad que existan en ese momento, y en consecuencia no reflejarán el posible ejercicio o conversión de los citados derechos de voto”.

¹⁶⁰⁰ Artículo 21.2 de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo.

¹⁶⁰¹ Artículo 22.d.i de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo.

¹⁶⁰² Artículos 11 y 12 del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, bien que advierta que esa calificación es solamente a los únicos efectos de la consolidación de cuentas.

¹⁶⁰³ Artículo 4 del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, bien que advierta que esa calificación es solamente a los únicos efectos de la consolidación de cuentas.

¹⁶⁰⁴ Artículo 5 del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, bien que también se advierta que esa calificación es solamente a los únicos efectos de la consolidación de cuentas.

¹⁶⁰⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del derecho de sociedades*), p. 293.

¹⁶⁰⁶ PAZ-ARES, C., op. cit. (Capítulo 54. Uniones de empresas y grupos de sociedades), p. 1474, que reitera en op. cit. (Lección 28. Uniones de empresas y grupos de sociedades), p. 636.

¹⁶⁰⁷ PAZ-ARES, C., op. cit. (Capítulo 54. Uniones de empresas y grupos de sociedades), p. 1474, que reitera en op. cit. (Lección 28. Uniones de empresas y grupos de sociedades), p. 636.

¹⁶⁰⁸ LÓPEZ JACOISTE, J. J., op. cit. (Entre dominación y responsabilidad: Una dialéctica del Derecho frente a la ley), p. 362, añadiendo, en pp. 362-363, que “es el contraste de la plenitud y autonomía formal de unas personas jurídicas, las cuales, sin embargo, se encuentran codeterminadas materialmente en el orden pragmático y funcional”.

¹⁶⁰⁹ Diferencia entre “grupos de hecho y grupos de derecho”, “grupos dominicales, grupos contractuales y grupos personales”, y “grupos de subordinación y grupos de coordinación”, PAZ-ARES, C., op. cit. (Capítulo 54. Uniones de empresas y grupos de sociedades), p. 1476-1477, que reitera en op. cit. (Lección 28. Uniones de empresas y grupos de sociedades), p. 637-639.

¹⁶¹⁰ En ocasiones con una instrumentación tan difusa como aquella a la que alude la SAP de Barcelona, Sección 13, de 26 de marzo de 2014, según la cual: “Las sociedades dedicadas a la promoción inmobiliaria, vinculadas entre sí, que, en el marco de su actividad, se vieron precisadas de financiación acudiendo al Banco

de Santander con el que suscribieron a principios de (...) diversas pólizas de crédito a nombre de distintas sociedades, a las que el banco dio el trato de grupo”.

¹⁶¹¹ EMBID IRUJO, J. M., op. cit. (*El contrato de constitución del grupo en el Derecho español*), p. 5329-5330.

¹⁶¹² En relación a los grupos de sociedades, indican SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., “*Instituciones de Derecho Mercantil*”, v. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 851, que “ofrece espacial interés (...) el fenómeno de los grupos de sociedades basados en un principio de subordinación, hallándonos en este supuesto cuando un conjunto de sociedades se vinculan entre sí y se someten a una dirección única llevada por una de ellas, que se denomina sociedad dominante o matriz, respecto de las otras sociedades del grupo (llamadas dominadas o filiales)”; LÓPEZ JACOISTE, J. J., op. cit. (Entre dominación y responsabilidad: Una dialéctica del Derecho frente a la ley), p. 364, precisa que el criterio “más relevantes en la práctica de los grupos de sociedades es sin duda la dominación de hecho; realizada comúnmente por participación mayoritaria. En cuyo supuesto el mando denominativo suele encontrarse proclamado bien por parte de quien tiene la potestad de mando, o bien por “informe de dependencia” en que la sociedad dominada declare puntualmente las relaciones con la dominante. En todo caso el grupo de sociedades, de una forma u otra, según ordenamientos y supuestos, está requerido a declarar hacia el tráfico la “dominación” que le confiere estructura y cohesión”.

¹⁶¹³ FUENTES, M., “*Los Grupos de sociedades. Artículo 18. Grupos de sociedades*”, en Cometario a la Ley de Sociedades de Capital (Á Rojo y E. Beltran, Dirs), t. I, Thomson Reuters- Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 301, que precisa “así bajo el control jurídico o interno los órganos de la sociedad dependiente no pueden ofrecer “resistencia” u oposición a tal dominio porque son ellos mismos los que están insertos en la mecánica de su ejercicio. En cambio, bajo el control económico o “externo” (como el que puede derivar de contratos de suministro, franquicia, concesión, etc.) los órganos de la sociedad dependiente (económicamente) no ven sometida a la mecánica de la formación de la voluntad social a ningún sujeto dominante. En consecuencia, el control económico cae dentro del ámbito del derecho de la competencia, mientras el jurídico es un fenómeno del derecho de sociedades. La importancia de ésta distinción subyace en que la doctrina mayoritaria considera que el dominio económico no es susceptible de generar una relación de grupo; sólo el dominio jurídico u orgánico creado mediante alguno de los mecanismos que repercuten en la estructura interna de la sociedad, concretamente en sugestión y toma de acuerdos, es susceptible de generar una relación de grupo. Esta afirmación ha sido claramente respaldada por el legislador”.

¹⁶¹⁴ Artículo 22.1.c de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo.

¹⁶¹⁵ FUENTES, M., op. cit. (*Los Grupos de sociedades. Artículo 18. Grupos de sociedades*), p. 298, indicando, en p. 299, que “con la redacción del artículo 18 se ha pretendido dotar a la que se considera sedes naturales del derecho de grupos, el derecho de sociedades de capital, de una noción del fenómeno válida con carácter general a los efectos de la aplicación de la ley. Sin embargo, acometer esta tarea y cumplir, a su vez, con el estricto mandato refundidor del legislador, ha supuesto renunciar a la elaboración de un concepto “propio” de grupo de sociedades. En su lugar, se ha optado por acudir a la noción de grupo consolidable contenida en el artículo 423 del Código de Comercio, emulando así la técnica de remisión legislativa ala que ya recurrían las leyes ahora refundidas para indicar el concepto de grupo válido a los efectos de la aplicación de un determinado precepto (...). De esta forma, tras la promulgación de la ley, el artículo 42 del Código de Comercio sigue representando en la actualidad una norma fundamental en materia de grupos de sociedades, y desde luego, la esencial a los efectos de definir el fenómeno en el ámbito de sociedades de capital”

¹⁶¹⁶ Así y para que tenga transcendencia en éste ámbito se suele aludir a la existencia de “una unida real productiva entre las empresas del grupo”, que permite “inferir una apariencia externa de unidad empresarial o económica y no una mera relación mercantil propia y habitual entre empresas para la realización de determinados servicios”, precisa la STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 3 de julio de 2013; Se indica por la sentencia del mismo Tribunal y Sala, de 17 de julio de 2013, que “la existencia en este caso de una actividad complementaria de las tres sociedades, o la administración “prácticamente común” de las tres, no justifican, a falta de elementos adicionales, un grupo de empresas en sentido laboral”; Según la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de octubre de 2001, “habitualmente, la doctrina más destacada en el estudio de estos fenómenos empresariales dibuja una triple modalidad de agrupaciones de empresas: 1. Contractual, en la que un acuerdo o convenio aglutina y une de algún modo a dos o más sociedades, sea en forma horizontal (suma de empresas concurrentes en la misma fase y sector productivos), sea en forma vertical (suma de empresas interesadas en fases consecutivas del proceso productivo o de servicio, provocando una concatenación ordenada de actuación), sea en forma complementaria (en la que las empresas que se unen no pertenecen al mismo sector productivo o de servicios, más una de ellas lo presta a otra en tanto a esta última le interesa). 2. Vinculación

financiera, en cuyo caso el enlace o unión entre empresas se da, mediante la participación más o menos grande, de unas en los capitales de las otras. 3. Enlazamiento de carácter personal, lo que se lleva a cabo mediante el nombramiento de administradores comunes. Otra interesante modalidad son los holdings, que configuran una unión mucho más firme, pues entrelaza a las sociedades haciéndolas partícipes en sus respectivos capitales o provocando que una de ellas, la dominante, penetre el capital de la filial, adquiriendo así un cierto grado de dominio sobre ella y conllevando todo ello, en definitiva una dirección unitaria, pudiendo llegarse a una situación de autonomía más aparente que real. En ocasiones, esa relación empresa-dominada se logra atrayendo la primera el todo, o la gran parte del capital de la segunda; es la dominante la que, incluso, toma la iniciativa creadora y hace nacer a la denominada, reservándose el total o la mayor parte de su capital. En nuestro derecho positivo encuentra plena legitimidad dentro de la propia Constitución, cuyo artículo 38 establece que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación”. Este precepto, que supone la aceptación al máximo nivel jerárquico normativo, del sistema económico de la libertad de mercado, encuentra relativos precedentes en el artículo 131 de nuestra Constitución de 1812, artículo 25 de la Constitución de 1869 y artículo 33 de la Constitución de 1931 y en el artículo 41 de la Constitución de la República Italiana de 1947”.

¹⁶¹⁷ Tempranamente el Tribunal Supremo, interpretando los artículos 1, 2 y 5. 1 y 3 de la Ley de Contrato de Trabajo, de 26 de enero de 1944, (SSTS, sala de lo Social, de 5 de enero de 1968, 29 de marzo, 1 y 30 de junio de 1978, 28 de marzo y 23 de junio de 1983, 4 de marzo, 28 de junio y 17 de julio de 1985 y 31 de mayo de 1988), atribuía la condición de empresario a quien contrataba bien en interés propio, bien en interés comunitario o de grupo, conceptuando como empresario al “grupo financiero” a los “grupos de empresas”.

¹⁶¹⁸ Sistematizados, entre otras en las SSTS, Sala Cuarta, de lo Social, de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995, la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001.

¹⁶¹⁹ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 24 de septiembre de 2013, que añade lo siguiente: “En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales. En consecuencia, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial, la mera presencia de administradores o accionistas comunes (STS 21-12-2000; STS 26-12-2001), o de una dirección comercial común (STS 30-4-1999), o de sociedades participadas entre sí (STS 20-1-2003) no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales. Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de 8 de junio y 3 de noviembre de 2005”. ”; Sobre la “matización de algún aspecto de la doctrina tradicional en torno a los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo”, precisa al STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 16 de julio de 2015, lo siguiente: “a) Que “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales”, porque “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son”. b) Que la enumeración de los referidos elementos adicionales “bien pudiera ser la que sigue: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa “aparente”; y 5º) el uso abusivo - anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores”. Aunque en todo caso, “el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad. Entre otras cosas, porque en un entramado de...empresas..., la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma”. c) Que entrando ya en mayores precisiones sobre los referidos elementos hemos indicado: “1º) que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél; 2º) que el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual (prestación de trabajo indistinta) o colectiva (confusión de plantillas) que determinan una pluralidad empresarial (las diversas empresas que reciben la prestación de servicios; 3º) que la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable -aunque pueda ser un indicio al efecto- de la mera utilización de infraestructuras comunes; 4º) que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como “promiscuidad en la gestión económica” y que al decir de la jurisprudencia ... alude a la

situación de “permeabilidad operativa y contable”; e) que con elemento “creación de empresa aparente” - íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”; y 5º) que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio - determinante de solidaridad- cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante”. d) Que (...) nuestra casuística doctrinal insiste: 1º) no determina la existencia de responsabilidad laboral del grupo la dirección unitaria de varias entidades empresariales, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas; 2º) tampoco la existencia de una dirección comercial común, porque ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos; 3º) en igual forma que no determina la consecuencia de que tratamos -consideración de empresa plural a las diversas sociedades del grupo- que una empresa tenga acciones en otra, en tanto que respectivamente se hallan dotadas de personalidad jurídica individual, y ello -excluida la presencia del fraude que llevaría a la conclusión opuesta- aunque esa participación de una de las empresas en la otra llegue a alcanzar porcentajes ciertamente llamativos (...), siempre que (...) no concurre ningún elemento adicional que lleve a mantener la existencia de un grupo de empresas con específica responsabilidad laboral; 4º) lo mismo que si varias empresas lleven a cabo una política de colaboración, porque ello no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales; 5º) en igual forma que la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria, teniendo en cuenta que todas y cada una de las Sociedades tienen personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios; y 6º) que tampoco cabe exigir esa responsabilidad solidaria por el sólo dato de que el Administrador único de una empresa sea representante legal de otra, pues aunque ello comporta dirección unitaria, no determina sino la propia existencia del grupo de empresas, pero no la responsabilidad solidaria de sus componentes”.

¹⁶²⁰ La STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 27 de mayo de 2013, destaca “las escasas referencias legales a las diversas manifestaciones de la concentración de capitales y fuerzas empresariales (...) y en todo caso la falta de su regulación sistemática, tanto en el ámbito del Derecho Mercantil, como el Fiscal y en el del Derecho Laboral”, añadiendo que “como consecuencia de tan escaso tratamiento, la cuestión primordial que se plantea es la de configurar lo que en la terminología mercantilista se conoce por “grupo de sociedades” y que en el campo laboral es generalmente denominado “grupos de empresas”. Siguiendo la doctrina especializada hemos de decir que supone una forma de vinculación empresarial más intensa que las uniones consorciales, sindicatos y cárteles, pudiendo definirse -tal “grupo”- como el integrado por el “conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria”. Así pues, el mismo se caracteriza por dos elementos: a) la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial (mantienen la titularidad del patrimonio) cuanto en el organizativo (se estructuran por sus propios órganos); y b) la dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado descentralización, pero que en todo caso ha de alcanzar a las decisiones financieras (política empresarial común), bien sea en términos de control (grupos verticales o de subordinación) bien en los de absoluta paridad (grupos horizontales o de coordinación). El componente fundamental -de dificultosa precisión- es el elemento de “dirección unitaria”. Para la doctrina mercantilista no basta -para apreciar su existencia y la consiguiente del grupo- la simple situación de control o dependencia societaria (por la titularidad de las acciones o participaciones sociales; y por la identidad de los miembros de órganos de administración), sino que es preciso que “la sociedad dominante ejerza de forma decisiva su influencia, imponiendo una política empresarial común”. Pero en el campo del Derecho del Trabajo -nacional y comunitario-, las dificultades probatorias y la seguridad jurídica excluyen la exigencia del ejercicio efectivo de la dirección unitaria y se satisfacen con la mera posibilidad de dicha dirección común atendiendo a la existencia de control societario. Éste es el concepto amplio que sigue el art. 42.1 CCo, al entender que una sociedad es “dominante”

de otra (“dominada” o “filial”).

¹⁶²¹ En ese sentido la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 24 de septiembre de 2013, alude a que “para que se aprecie la responsabilidad del grupo de empresa se requiere la concurrencia de una unidad de dirección, así como una prestación de trabajo simultánea o sucesiva con confusión de plantillas, patrimonios, y una apariencia y unidad de dirección suficiente”.

¹⁶²² STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 12 de marzo de 2013.

¹⁶²³ STSJ de la Rioja, Sala de lo Social, de 19 de enero de 1999.

¹⁶²⁴ STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

¹⁶²⁵ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 4 de diciembre de 2003.

¹⁶²⁶ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 2003.

¹⁶²⁷ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “*El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español*”, en “Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero”, v. V, McGRAWHILL, Madrid 2002, p. 530; EMBID IRUJO, J. M., “*El contrato de constitución del grupo en el Derecho español*”, en “Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero”, v. V, McGRAWHILL, Madrid 2002, p. 5341;

¹⁶²⁸ Precisa la STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 25 de junio de 2014: “Existiendo un grupo de empresas a efectos laborales, (...), eso significa que estamos ante “una realidad empresarial única y centro de imputación de las obligaciones y responsabilidades frente a los trabajadores de las empresas (STS 16/9/2010)”. En otras palabras, que el grupo de empresas es, en estos casos, el verdadero empresario a que se refiere el art. 1.2 del ET. Apoyándose en la jurisprudencia de esta Sala Cuarta del TS, afirma la Audiencia Nacional: “Recuérdese que en estos casos el levantamiento del velo descubre al grupo como verdadero empresario unitario, “de acuerdo con el criterio de atendimiento a la realidad en la identificación de la posición empresarial” (STS 3-5-90; STS31-1-91), porque así lo impone “la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas” (por todas, STS 20-1-03); “Cuando existe un grupo de empresas, el levantamiento del velo descubre al grupo como verdadero empresario unitario de atendimiento a la realidad en la identificación de la posición empresarial”, STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2015..

¹⁶²⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de febrero de 2014, que añade, “lo anterior no impide que “excepcionalmente cuando concurren determinadas circunstancias -son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso- sea procedente el “levantamiento del velo” a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de tercero. (...). Pero este remedio tiene carácter excepcional y por ello debe aplicarse de forma restrictiva”. Doctrina que se reitera en las de la misma Sala de 26 de mayo de 2008, 4 de noviembre de 2020, 7 de junio de 2011, 30 de mayo de 2012, 3 de enero y 16 de mayo de 2013, y 28 de octubre de 2013; “Aunque el grupo de empresas es una realidad organizativa a la que se atribuye responsabilidad solidaria cuando concurren factores concretos, para lograr tal efecto de extensión de la responsabilidad hace falta un componente adicional que esta Sala ha residenciado tradicionalmente en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas y confusión de patrimonios”, afirma la STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 19 de febrero de 2014 .

¹⁶³⁰ La vinculación de la nuestra jurisprudencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se pone de manifiesto por la STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 d marzo de 2013, en los siguiente términos: “El precepto de derecho interno cuya aplicación o inaplicación determina la decisión del caso es, como ya se ha dicho, el artículo 44 ET, cuya redacción vigente data de la Ley 12/2001, de 9 de julio. El supuesto de hecho legal, descrito de forma bastante abstracta, es en los términos del apartado 1 de esta disposición el “cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”. La consecuencia jurídica imputada a este supuesto de hecho legal es que “el nuevo empresario” queda en principio “subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”, sin que por tanto el referido cambio de titularidad genere “por sí mismo” la extinción de la relación laboral; el propio título o rúbrica del artículo 44 ET (“Sucesión de empresa”) se refiere con una fórmula ya tradicional a este supuesto de hecho y a este efecto de subrogación en las relaciones de trabajo. El apartado 2 del artículo 44 ET ha procurado aclarar el genérico supuesto de hecho de la norma mediante dos precisiones, una relativa al acto o hecho en qué consiste (y que genera) la sucesión de empresa, y otra relativa al objeto de la misma. El cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva consiste en el hecho o acto de “transmisión” de “unas entidad económica que mantenga su identidad”. La entidad económica objeto de transmisión ha de ser “entendida como un conjunto de bienes organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”. La redacción actual (del año 2001) del artículo 44 ET tiene su principal razón de ser en los cambios normativos derivados de las Directivas europeas en esta materia. Estas disposiciones de Derecho comunitario han sido tres; la primera es la Directiva 77/187 CEE, la segunda la Directiva 98/50 CE, y la tercera actualmente en vigor la Directiva CE 2001/23. Tales cambios normativos en el Derecho comunitario, determinantes a su vez de la modificación del artículo 44 ET acaecida en julio de 2001, se han debido en buena medida a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contenida en una multitud de sentencias procedentes algunas de ellas de cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales de justicia españoles. La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo establecida para la anterior redacción del artículo 44 ET había mantenido que para que existiera transmisión de empresa era necesario que hubiera producido una transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Pero esta

doctrina jurisprudencial ha sido modificada en parte, a raíz de la entrada en vigor de la nueva redacción del repetidamente citado artículo 44 ET, para adaptarse a la ampliación del supuesto de hecho legal que dicha redacción ha traído consigo. Exponentes recientes de esta línea jurisprudencial, cuyo arranque se remonta a varias sentencias del año 2004, son entre otras las sentencias de 28 de abril de 2009 (...) y de 7 de diciembre de 2011, en las que se citan abundantes precedentes tanto de la jurisprudencia comunitaria como de nuestra jurisprudencia. En estas dos sentencias de la Sala se ha inspirado el resumen de la doctrina jurisprudencial comunitaria española que se expone a continuación, resumen en el que, en aras a la claridad de una exposición ya de por sí bastante compleja, se omiten las referencias a las sentencias precedentes. La doctrina general sobre la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 44 ET se puede resumir distinguiendo de un lado los puntos que se refieren al hecho o acto de retransmisión de empresa y de otro lado los relativos al objeto de dicha transmisión. En cuanto al objeto de la transmisión en los supuestos de sucesión de empresa, deben destacarse aquí los siguientes puntos de nuestra doctrina jurisprudencial: 1) el objeto de la transmisión ha de ser “un conjunto organizado de personas y elementos que permitan el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”; 2) dicho objeto “no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial” reduciéndose “en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia a su mínima expresión”, en tanto en cuanto “la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra”; 3) de lo anterior se desprende que “un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa] cuando no existen otros factores de producción”; 4) por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa “si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior”; 5) el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida “continúe efectivamente” o que luego “se reanude”. En cuanto a los hechos o actos de transmisión los puntos doctrinales a destacar para la decisión del caso son los siguientes: 6) La expresión del artículo 44.1 ET “transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva” es equivalente a la expresión del artículo 1 a) de la Directiva comunitaria vigente “traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad”; 7) el acto o hecho de “transmisión de un conjunto de medios organizados” no requiere necesariamente que haya transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario; 8) tampoco es imprescindible que exista en la transmisión de empresas o unidades productivas una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, vinculación o tracto directo que tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa; 9) puede producirse, por tanto, la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercero propietario, arrendador, o dueño de la obra. Dos puntos doctrinales más de carácter general conviene reseñar de la jurisprudencia en la materia, que se desprenden en realidad de los anteriores, pero que no está de más resaltar para la solución del caso controvertido o de otros semejantes;

10) para determinar en un supuesto concreto si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una empresa o unidad productiva “han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate”, entre ellos “el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate”, “el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o bienes muebles”, “el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión”, “el hecho de que el nuevo empresario haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores”, “el que se haya transmitido o no la clientela”, “el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión” y “la duración de una eventual suspensión de dichas actividades”; 11) la obligación de subrogación en las relaciones de trabajo (“sucesión de empresa”) generada en los supuestos normativos reseñados de la normativa comunitaria y del artículo 44 ET opera por imperativo de la ley (ope legis), sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo”.

¹⁶³¹ SAN, Sala de lo Social, de 13 de enero de 2014. “No es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales”, precisan las SSTs, Sala Cuarta, de lo Social de 30 de enero y 9 de mayo de 1990 y 30 de junio de 1993. Como señala la STS, Sala Cuarta, de lo Social de 30 de junio de 1993 “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como persona jurídicas independientes que son”. La dirección unitaria de varias entidades empresariales, afirma la STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 20 de marzo de 2013, “no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1.- Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS de 6 de mayo de 1981 y 8 de octubre de 1987). 2.- Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de

las empresas del grupo (SS. 4 de marzo de 1.985 y 7 de diciembre de 1.987). 3.- Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS.11 de diciembre de 1.985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1.988, 12 de julio de 1.988 y 1 de julio de 1.989).4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. de 19 de noviembre de 1.990 y 30 de junio de 1.993)”; “El supuesto más claro de confusión de plantillas se produce cuando la empresa no tiene trabajadores, realizando su actividad con personal de otra empresa del grupo”, STS, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 2013; STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2015.

¹⁶³²“Ha de recordarse en sustancia que para que el grupo mercantil se convierta en grupo ilegal a efectos laborales, con la consecuencia de la responsabilidad solidaria por las obligaciones que cualquiera de ellas contraiga, es necesario que exista un abuso de la forma social, pues, como es sabido, la independencia y limitación de la responsabilidad de la sociedad es mandato legal, sin perjuicio de que pueda acreditarse, como en cualquier otro extremo, la existencia de fraude de ley o abuso de derecho a la independencia de la sociedad respecto a otra u otras sociedades con las que pudiera formar un grupo que actuara como único empresario frente al trabajador, por recibir indistintamente los frutos del trabajo del mismo, organizarlo, o retribuirlo, tanto recibiendo en su patrimonio unitario como abonando desde él el salario, por la confusión subjetiva de trabajadores que presten indistintamente el trabajo, como por la confusión objetiva de patrimonio, sin la debida separación propia del patrimonio social, como garantía frente a trabajadores y terceros”, precisa la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 4 de abril de 2014, con cita de las SSTS, sala Cuarta, de lo Social, de 11 de diciembre de 1985 , 3 de marzo y 10 de noviembre de 1987, 8 de junio de 1988 , 3 de mayo de 1990 , 29 de mayo de 1995 y 26 de enero de 1998.

¹⁶³³ SAN, Sala de lo Social, de 10 diciembre de 2013. Precisa la SAN de 23 de diciembre de 2013, que “1. Para lograr aquel efecto de responsabilidad solidaria, hace falta un componente adicional que esta Sala ha residenciado tradicionalmente (...) en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. 2- En ese relato de componentes adicionales -determinantes de responsabilidad solidaria- pueden hacerse las siguientes precisiones: a) que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél; b) que el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual (prestación de trabajo indistinta) o colectiva [confusión de plantillas] que determinan una pluralidad empresarial (las diversas empresas que reciben la prestación de servicios); c) que la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable -aunque pueda ser un indicio al efecto- de la mera utilización de infraestructuras comunes; d) que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como “promiscuidad en la gestión económica” y que al decir de la jurisprudencia - STS 28/03/83- alude a la situación de “permeabilidad operativa y contable”; e) que con elemento “creación de empresa aparente” -íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”; y f) que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio -determinante de solidaridad- cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante. 3- De esta forma, la enumeración de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo bien pudiera ser la que sigue: 1.º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2.º) la confusión patrimonial; 3.º) la unidad de caja; 4.º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa “aparente”; y 5.º) el uso abusivo - anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores”. Del examen de la jurisprudencia y, en especial, de esta última sentencia se extrae la siguiente doctrina: a- Que la apariencia externa de unidad o la existencia de una dirección unitaria son datos o notas que son propios tanto del grupo patológico como del grupo mercantil, por lo tanto, no puede existir grupo patológico sin ello, pero su concurrencia no supone la necesaria existencia de tal grupo; b- Que los elementos decisivos son la existencia de confusión patrimonial o unidad de caja y la existencia de prestación laboral indiferenciada de los trabajadores en las empresas que configuran el grupo; c- Que la prestación de trabajo de forma indiferenciada puede tener una proyección individual o colectiva, en el primer caso hablamos de “prestación de trabajo indistinta” y en el segundo caso de “confusión de plantillas”; d- Que la “confusión patrimonial” no es identificable “en la esfera del capital social”, es decir, que por el hecho de que una sociedad sea titular, por ejemplo del 100% del capital de otra, no cabe hablar de confusión patrimonial a los efectos del “grupo patológico”; siendo necesario que existe una

unidad de “patrimonio”, que tampoco puede derivarse del hecho que existan infraestructuras de utilización común, práctica por cierto, esta última cada vez de uso más frecuente, en la medida que posibilita una disminución de los gastos. Por último, la denominada “caja única” se refiere a la concurrencia de “promiscuidad en la gestión económica”, es decir, a la existencia de una “permeabilidad operativa y contable”, de forma que las entidades, de hecho, operen con un alto grado de comunicación entre sus patrimonios, lo que puede manifestarse, en la asunción de pagos o deudas entre ellas; e- Que en todo caso, lo esencial es que a través de los indicados indicios se llegue a la convicción de que existe un uso abusivo o ejercicio anormal del derecho, en beneficio del grupo y en detrimento de los derechos de los trabajadores; existiendo una única empresa real bajo la apariencia del grupo, lo que constituya un fraude de ley, que permite aplicar la doctrina del “levantamiento del velo” - *to lift the veil*- y considerar al grupo como una única empresa. Se trata de evitar que tras el legítimo uso de formas jurídicas, útiles para el funcionamiento de la economía y, por lo tanto, para el interés general, se realicen conductas abusivas o fraudulentas en detrimento de otros derechos de igual o superior valor. Debe quedar claro que lo esencial es llegar a la convicción de que dicho uso se realiza, en nuestro caso, con el fin de lesionar los derechos de los trabajadores. Desde esta perspectiva debe valorarse la conducta de las empresas integrantes del grupo en su conjunto, sin que la concurrencia puntual de una de las notas indicadas, por sí, pueda llevar automáticamente a la aplicación de la teoría del “grupo patológico”. Lejos de ello, debe examinarse cada caso concreto y analizar si, realmente, estamos en un supuesto de abuso o fraude”; La jurisprudencia de la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo, “desde 1990, viene manteniendo una línea uniforme y clara en orden a la exigencia de los elementos y requisitos que se han de cumplir para que la existencia de un grupo de empresas produzca consecuencias relevantes en relación con los contratos de trabajo y las responsabilidades laborales de las diferentes empresas que lo componen; siendo la consecuencia más destacable a este respecto la que supone la extensión de la responsabilidad solidaria a todas esas empresas que integran el grupo”, SSTs, Sala Cuarta, de lo Social, de 30 de enero, y 9 de mayo de 1990, 30 de junio de 1993, 26 de enero de 1998, 21 de diciembre del 2000, 26 de septiembre del 2001 y 23 de enero y 4 de abril de 2002.

¹⁶³⁴ Con base en nuestro ordenamiento jurídico, pero estableciendo un dogma que resulta extrapolable al resto de los ordenamientos jurídicos en los que exista un reconocimiento y regulación del contrato de trabajo o, al menos, una definición de relación laboral, indica al STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2014, con apoyatura en la SSTs, Sala de lo Social, de 20 de enero de 1997, 29 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998, 18 de mayo de 1998, 30 de abril de 1999, 27 de noviembre de 2000, 21 de diciembre de 2000, 9 de julio de 2001, 26 de septiembre de 2001, 23 de enero de 2002, 6 y 23 de marzo de 2002, 4 de abril de 2002, 20 de enero de 2003, 8 de junio y 3 de noviembre de 2005, y 23 de octubre de 2012, que “en el ámbito de las relaciones laborales, conforme lo ordena el art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, reúne la condición de empresario la persona física o jurídica, o la comunidad de bienes, que reciba la prestación de los servicios efectuados por otra en forma personal, voluntaria, remunerada y dentro de su ámbito de organización y dirección, cualidad que no depende de su asunción formal, pues nuestro ordenamiento no autoriza las conductas que, realizadas al amparo de una norma, persigan contrariar lo dispuesto en otra. Uno de esos supuestos es aquél en el que, bajo la apariencia formal de varias empresas, se encubre una única. Lo decisivo, a este respecto, es que todas ellas actúen bajo una dirección unitaria (cualquiera que sea el modo en que ello ocurra) y desbordando, entre sí, los límites propios de las unidades independientes que aparentan ser. Nada hay que objetar a que, por razones de estrategia empresarial, se actúe a través de una empresa única o que, en otros casos, por causas muy variadas (por ejemplo, diversificación del riesgo, etc.), se utilicen técnicas de segregación, de tal forma que se constituyan varias, cada una de las cuales quede sujeta a una titularidad diversa y desarrolle una actividad concreta. Ahora bien, si se opta por esto último, cada empresa habrá de actuar en forma separada, respetando los límites derivados de esa diferente titularidad, lo que conlleva no mezclar sus patrimonios ni sus plantillas ni ofrecerse al exterior bajo esa imagen de una única empresa. De no hacerlo así, al menos desde el punto de vista de las relaciones laborales, esa actuación unitaria de todas conlleva que la empresa sea el conjunto de ellas, al margen de las apariencias jurídicas creadas, y, por tanto, que la condición de empresario recaiga en todos los que figuran como titulares de las varias empresas que, aunque formalmente distintas, actúan en realidad como una única, con la consiguiente responsabilidad solidaria de quienes la integran”.

¹⁶³⁵ Sobre la existencia de un “grupo de empresas a efectos laborales”, STS, Sala Cuarta de lo Social, de 20 de abril de 2015.

¹⁶³⁶ SAN, Sala de lo Social, de 25 de febrero 2013.

¹⁶³⁷ Aludiendo a la STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 22 de octubre de 2012.

¹⁶³⁸ Con cita de las STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 8 de junio de 2005.

¹⁶³⁹ Con cita de la SAN, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2000.

¹⁶⁴⁰ “El hecho de que una persona jurídica conceda un préstamo a otra, aun cuando se trate de un préstamo participativo, no supone “per se” que se produzca una confusión de patrimonial”. Afirmar la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2015, que añade “el hecho de que una persona jurídica sea titular de la mayoría o de todo el capital social de otra no desencadena la responsabilidad laboral solidaria”; Según la STS, Sala de lo Social, de 28 de enero de 2014 no concurre un grupo de empresas con efectos laborales en el supuesto en el que la gestión del riesgo de liquidez de las empresas del grupo se realice en el marco de la gestión global del grupo mediante la disponibilidad de líneas de crédito, ya través del departamento de tesorería del grupo”; La confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, precisa la STS, Sala de lo Social, de 21 de mayo de 2014; “El hecho de que una persona jurídica sea titular de la mayoría o de todo el capital social de otra no desencadena la responsabilidad laboral solidaria, indica.

¹⁶⁴¹ Con cita de la STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 3 de noviembre de 2005.

¹⁶⁴² Aludiendo a los factores, sistematizados en la STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995, la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001.

¹⁶⁴³ SSTs, Sala Cuarta de lo Social, de 21 diciembre de 2000, y 26 de diciembre de 2001

¹⁶⁴⁴ STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 30 de abril de 1999.

¹⁶⁴⁵ STS, Sala Cuarta, de lo Social de 20 de enero de 2003.

¹⁶⁴⁶ Que parte de las SSTs. Sala de lo Social, de 5 de enero de 1968 y 19 de mayo de 1969

¹⁶⁴⁷ Desde la STS, Sala de lo Social, de 3 de mayo de 1990 que sistematiza la doctrina

¹⁶⁴⁸ STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 1993.

¹⁶⁴⁹ Sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995, la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001.

¹⁶⁵⁰ SSTs, Sala Cuarta, de lo Social, de 30 de enero y 9 de mayo y 25 de junio de 1999; 10 de junio de 2008 y 23 de octubre de 2012.

¹⁶⁵¹ SSTs, Sala Cuarta, de lo Social, de 26 de enero de 1998; 26 de septiembre de 2001; 20 de enero de 2003; 3 de noviembre de 2005, y 21 de julio de 2010.

¹⁶⁵² SSTs, Sala Cuarta, de lo Social, de 30 de abril de 1999; 27 de noviembre de 2000; 4 de abril de 2002; 3 de noviembre de 2005; y 23 de octubre de 2012.

¹⁶⁵³ SSTs, Sala Cuarta, de lo Social, de 3 de mayo de 1990; 29 de octubre de 1997; 3 de noviembre de 2005, y 23 de octubre de 2012.

¹⁶⁵⁴ SSTs, Sala Cuarta, de lo Social, de 21 de diciembre de 2000; 20 de enero de 2003, y 3 de noviembre de 2005.

¹⁶⁵⁵ STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 26 de diciembre de 2001

¹⁶⁵⁶ SSTs, Sala Cuarta, de lo Social, de 26 de enero de 1998; 4 de abril de 2002; 20 de enero de 2003; 3 de noviembre de 2005; 10 de junio de 2009; 21 de julio de 2010, y 12 de diciembre de 2011; Todo ello al margen de la difícil imputabilidad de responsabilidad de las deudas sociales a los accionistas, pues como indica la STS, Sala Cuarta, de 16 de julio de 2015, “tampoco podemos aceptar que se den en este caso las circunstancias que pudieran justificar un levantamiento del velo e imputar las responsabilidades laborales de las sociedades mercantiles a los titulares de las acciones de las mismas, pues, para ello, sería necesario que esos elementos adicionales que hemos puesto de relieve concuerdan también respecto de las personas físicas, es decir, que fueran éstas las que aparecieran como verdaderas empleadoras y se dieran respecto de ellas y de sus patrimonios los rasgos de confusión que sí hemos apreciado en relación con las mercantiles”.

¹⁶⁵⁷ STS, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 1983.

¹⁶⁵⁸ STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 20 de marzo de 2013, según la cual la enumeración de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresas del grupo bien pudiera ser: a) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo. simultánea o sucesivamente, en favor de varias de las empresas del grupo; b) la confusión patrimonial; c) la unidad de caja; d) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa “aparente”; y e) el uso abusivo, anormal, de la dirección unitaria, con perjuicio para los

derechos de los trabajadores. Doctrina reiterada por la jurisprudencia menor, así por la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2014.

¹⁶⁵⁹ Doctrina que recoge la STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 27 de mayo de 2013; La jurisprudencia menor sigue naturalmente esos mismos criterios, pudiendo citarse las SSTSJ, Salas de lo Social, de Cantabria de 14 de marzo, 3 y 17 de julio de 2013, de Navarra de 13 de diciembre de 2013, de Catilla-La Mancha de 11 de junio de 2012, 8 de abril y 12 de diciembre de 2013, de Extremadura de 25 de abril y 4 de julio de 2013, de Cataluña de 21 de mayo de 2013, de Galicia de 21 de marzo de 2013, Madrid de 30 de enero y 20 de abril de 2012, de Aragón de 7 de marzo de 2012, entre las más recientes.

¹⁶⁶⁰ Supuesto considerado por la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2014.

¹⁶⁶¹ SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 11 de marzo y 1 de abril de 2008, y 9 de diciembre de 2014.

¹⁶⁶² EMBID IRUJO, J. M., op. cit. (*El contrato de constitución del grupo en el Derecho español*), p. 5327.

¹⁶⁶³ Indica EMBID IRUJO, J. M., op. cit. (*El contrato de constitución del grupo en el Derecho español*), p. 5328, que “el contrato de constitución del grupo vendría a ser la “fórmula mágica” para hacer visible tal estructura empresarial y lograr, a su vez, la mejor composición de intereses en ella”.

¹⁶⁶⁴ Sobre el contenido del “contrato de grupo” EMBID IRUJO, J. M., op. cit. (*El contrato de constitución del grupo en el Derecho español*), pp. 5342-5347 y 5353-5354.

¹⁶⁶⁵ EMBID IRUJO, J. M., op. cit. (*El contrato de constitución del grupo en el Derecho español*), p. 5353 se refiere a la posibilidad de que el contrato “contenga alguna referencia a las posibles modificaciones, organizativas financieras, que pueda afectar al grupo en cuanto tal”.

¹⁶⁶⁶ Afirma EMBID IRUJO, J. M., op. cit. (*El contrato de constitución del grupo en el Derecho español*), p. 5346, que “la realidad del grupo, como modalidad de integración empresarial, no precisa para hacerse patente de la técnica de la personalización. El agregado económico que se configura no es una mera yuxtaposición de sociedades ni precisa de una radical unificación jurídica y económica propia de otras técnicas integradoras como la fusión. En ese amplio espacio que va desde el vínculo epidérmico y ocasional hasta la desaparición de los sujetos que se unen han de situarse los grupos, cualquiera que sea su modalidad, conformando un agente económico no personalizado pero sí objetivado en un todo único y a la vez flexible”.

¹⁶⁶⁷ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., op. cit., (*El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español*), p. 5307.

¹⁶⁶⁸ Según el artículo 43 C. de c., no existirá obligación de consolidar cuentas: “1.ª Cuando en la fecha de cierre del ejercicio de la sociedad obligada a consolidar el conjunto de las sociedades no sobrepase, en sus últimas cuentas anuales, dos de los límites señalados en la Ley de Sociedades Anónimas para la formulación de cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, salvo que alguna de las sociedades del grupo haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea; 2.ª. Cuando la sociedad obligada a consolidar sometida a la legislación española sea al mismo tiempo dependiente de otra que se rija por dicha legislación o por la de otro Estado miembro de la Unión Europea, si esta última sociedad posee el 50 por ciento o más de las participaciones sociales de aquéllas y, los accionistas o socios que posean, al menos, el 10 por ciento no hayan solicitado la formulación de cuentas consolidadas 6 meses antes del cierre del ejercicio. En todo caso será preciso que se cumplan los requisitos siguientes: a) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación, así como todas las sociedades que debiera incluir en la consolidación, se consoliden en las cuentas de un grupo mayor, cuya sociedad dominante esté sometida a la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea; b) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación indique en sus cuentas la mención de estar exenta de la obligación de establecer las cuentas consolidadas, el grupo al que pertenece, la razón social y el domicilio de la sociedad dominante; c) Que las cuentas consolidadas de la sociedad dominante, así como el informe de gestión y el informe de los auditores, se depositen en el Registro Mercantil, traducidos a alguna de las lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma, donde tenga su domicilio la sociedad dispensada; d) Que la sociedad dispensada de formalizar la consolidación no haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea”; Al tenor del artículo 23 de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo: “1. Los grupos pequeños estarán exentos de la obligación de elaborar estados financieros consolidados y un informe de gestión consolidado, salvo en los casos en que una empresa filial sea

una entidad de interés público; 2. Los Estados miembros podrán eximir a los grupos de dimensión mediana de la obligación de elaborar estados financieros consolidados y un informe de gestión consolidado, salvo en los casos en que las empresas filiales sean entidades de interés público; 3. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del presente artículo, los Estados miembros eximirán de la obligación de elaborar estados financieros consolidados y un informe de gestión consolidado a toda sociedad matriz (la empresa exenta) sujeta a su Derecho nacional que sea al mismo tiempo una empresa filial, incluidas las entidades de interés público, salvo las previstas en el artículo 2, punto 1, letra a), cuando su propia sociedad matriz esté sujeta al Derecho de un Estado miembro, en los casos siguientes: a) cuando la sociedad matriz de la empresa exenta sea titular de todas las participaciones o acciones de esta empresa exenta; las participaciones o acciones de esta empresa exenta de las que sean titulares miembros de sus órganos de administración, de dirección o de supervisión en virtud de una obligación legal o estatutaria no se tomarán en consideración, b) cuando la sociedad matriz de la empresa exenta sea titular del 90 % o más de las participaciones o acciones de la empresa exenta y los otros accionistas o socios de esta empresa exenta hayan aprobado la exención”, exigiéndose determinados y concretos requisitos en los números siguientes de aquel mismo precepto.

¹⁶⁶⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L, op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y escisiones*), p. 34, también en op. cit. (*Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), pp. 61-62, donde precisa que “no todas las fusiones (...) son combinaciones de negocios”: existen fusiones (...), que a veces se denominan “impropias”, que no resultan en la sujeción de otra u otras entidades independientes al control de una entidad “adquirente”. La prevalencia del fondo sobre la forma (vestidura jurídica) nos lleva necesariamente a distinguir entre dos tipos de fusiones (...): las que desde la perspectiva contable constituyen “combinaciones de negocios” y aquellas otras que no pueden calificarse de tales. Las primeras son “contablemente “verdaderas” fusiones; las segundas son calificadas de fusiones “impropias”. —en este segundo caso de fusiones “impropias” se produce la característica disociación entre sendas calificaciones: la jurídica de un lado; la contable de otro (...). Constituiría una “fusión (...) impropia” aquella que no instrumenta jurídicamente una alteración de la situación preexistente de control económico empresarial. En sentido negativo: cuando como consecuencia de la fusión no se produce la adquisición del control de uno o varios “negocios” o “empresas” por otro “negocio” o “empresa” (la adquirente)” (...). A pesar de que la NIIF 3 adoptada en Europa excluye de su ámbito, la aplicación a las fusiones intragrupo, éstas son las más habituales en nuestros Registros Mercantiles (más el 90% de ellas)”, también en 193 ss.; GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 123-124, indican que “aunque se han llamado fusiones impropias a las fusiones abreviadas (absorción de sociedad íntegramente participada y asimiladas), no es adecuado el término, pues son verdaderas fusiones. En la doctrina actual serían impropias aquellas fusiones a las que falta alguno de los elementos típicos del procedimiento de fusión, es decir supuestos de concentración empresarial que no encajan en el procedimiento de fusión como las siguientes: i.- cambio de acciones por acciones (...); ii.- cambio de acciones por activos (...). En cualquier caso, creemos que, al ser la fusión un procedimiento legal, es mejor reservar el término para la fusión que es verdaderamente tal y lo demás serán otras operaciones que pueden constituir o no verdaderas modificaciones estructurales (compra de empresa, canje de valores, etc.)”, precisando, en p. 125, que “en las fusiones en que intervienen varias sociedades independientes predomina el aspecto contractual. Mientras que en las fusiones intragrupo (que son las más numerosas, predomina el aspecto corporativo. Semejante distinción lleva pensar que, al ser distintos los intereses en juego en cada uno de éstos dos tipos. Debería ser diferente su tratamiento legal. Este razonamiento está en la base de la equiparación al supuesto de absorción de sociedad íntegramente participada (...) de otros supuestos de participación incompleta (...) o de otras fusiones intragrupo”; Indica CALVO VÉRGEZ, J., op. cit. (*Fusiones y escisiones de sociedades. Aspectos prácticos fiscales y contables*), p. 68, dice que “la normativa mercantil considera como una figura afín a la fusión la llamada “fusión impropia”, definida como aquella operación en virtud de la cual una sociedad que ostentaba la totalidad de los títulos representativos del capital de otra absorbe a esta mediante la integración de su patrimonio y la disolución sin liquidación de la absorbida, no efectuando en cambio ampliación de capital alguna ni produciéndose una atribución de acciones a los socios de la sociedad absorbida”.

¹⁶⁷⁰En este sentido se pronuncia la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 7 de septiembre de 2010.

¹⁶⁷¹ Corte Suprema de Delaware, casos *Singere v. Magnavox Co.* 380, A2d 969 (Del. 1977), *Tanzer v. Int'l General Industries, inc.*, 379, A.2d (Del. 1977), y *Roland Int'l Corp. V. Naijar*, 407 A.2d 1032 (Del. 1979), *Weinberger v. UOP, Inc.* 457 A.2d 701 (Del 1983), a los que se pueden añadir *Stuffer v. Standar Brands, Inc.*, 187, A.2d 78 (Del. Supr. 1962), y *David J. Greene&Co. V. Schenley Industries, Inc.*, 281 A.2d 30 (Del Ch. 1971).

¹⁶⁷² La Sección 11.05 MBCA indica expresamente “§ 11.05 Merger Between Parent and Subsidiary or Between Subsidiaries, establece lo siguiente: (a) A domestic parent corporation that owns shares of a

domestic or foreign subsidiary corporation that carry at least 90 percent of the voting power of each class and series of the outstanding shares of the subsidiary that have voting power may merge the subsidiary into itself or into another such subsidiary, or merge itself into the subsidiary, without the approval of the board of directors or shareholders of the subsidiary, unless the articles of incorporation of any of the corporations otherwise provide, and unless, in the case of a foreign subsidiary, approval by the subsidiary's board of directors or shareholders is required by the laws under which the subsidiary is organized. (b) If under subsection (a) approval of a merger by the subsidiary's shareholders is not required, the parent corporation shall, within ten days after the effective date of the merger, notify each of the subsidiary's shareholders that the merger has become effective. (c) Except as provided in subsections (a) and (b), a merger between a parent and a subsidiary shall be governed by the provisions of chapter 11 applicable to mergers generally".

¹⁶⁷³ Comentario Oficial a la Sección 11.05 que indica "under section 11.05, if a parent owns 90 percent of the voting power of each class and series of the outstanding shares of a subsidiary that have voting power, the subsidiary may be merged into the parent or another such subsidiary, or the parent may be merged into the subsidiary, without the approval of the subsidiary's shareholders or board of directors, subject to certain informational and notice requirements. Approval by the subsidiary's shareholders is not required partly because if a parent already owns 90 percent or more of the voting power of each class and series of a subsidiary's shares, approval of a merger by the subsidiary's shareholders would be a foregone conclusion, and partly to facilitate the simplification of corporate structure where only a very small fraction of stock is held by outside shareholders. Approval by the subsidiary's board of directors is not required because if the parent owns 90 percent or more of the voting power of each class and series of the subsidiary's outstanding shares, the subsidiary's directors cannot be expected to be independent of the parent, so that the approval by the subsidiary's board of directors would also be a foregone conclusion. In other respects, mergers between parents and 90 percent owned subsidiaries are governed by the provisions of chapter 11. Section 11.05 dispenses with approval by the board of directors or the shareholders of a subsidiary that is merged into the parent or another subsidiary if the conditions of the section are met. Section 11.05 does not in itself dispense with approval by the shareholders of the parent. Under section 11.04(g), a merger of the kind described in section 11.05 in which the subsidiary is merged upstream into the parent would usually not require approval of the parent's shareholders, because in such cases the parent's articles of incorporation are usually not affected by the merger and the parent usually does not issue stock carrying more than 20 percent of its voting power. If, however, a parent is merged downstream into the subsidiary, approval by the parent's shareholders would be required under section 11.04".

¹⁶⁷⁴ La sección 11.04(g) indica "unless the articles of incorporation otherwise provide, approval by the corporation's shareholders of a plan of merger (...) is not required if: (1) the corporation will survive the merger or is the acquiring corporation in a share exchange; (2) except for amendments permitted by section 10.05, its articles of incorporation will not be changed; (3) each shareholder of the corporation whose shares were outstanding immediately before the effective date of the merger (...) will hold the same number of shares, with identical preferences, limitations, and relative rights, immediately after the effective date of change; and (4) the issuance in the merger (...) of shares or other securities convertible into or rights exercisable for shares does not require a vote under section 6.21(f).

¹⁶⁷⁵ Comentario Oficial a la Sección 11.04, apartado 1 que indica "in general under section 11.04, a plan of merger or share exchange must be adopted by the board. Thereafter, the board must submit the plan to the shareholders for their approval, unless the conditions stated in section 11.04(g) or section 11.05 are satisfied. However, under section 11.04(g) approval of a plan of merger (...) by the shareholders of a surviving corporation in a merger (...) is not required if the conditions stated in that section, including the fundamental rule of section 6.21(f), are satisfied".

¹⁶⁷⁶ Según la Sección 6.21(f): (1) An issuance of shares or other securities convertible into or rights exercisable for shares, in a transaction or a series of integrated transactions, requires approval of the shareholders, at a meeting at which a quorum consisting of at least a majority of the votes entitled to be cast on the matter exists, if: (i) the shares, other securities, or rights are issued for consideration other than cash or cash equivalents, and (ii) the voting power of shares that are issued and issuable as a result of the transaction or series of integrated transactions will comprise more than 20 percent of the voting power of the shares of the corporation that were outstanding immediately before the transaction

¹⁶⁷⁷ En el mismo sentido la New York Business Corporation Law, New York Code , Section 905, establece respecto de las domestic corporations, lo siguiente: "Merger of parent and subsidiary corporations, establece lo siguiente: "(a) Any domestic corporation owning at least ninety percent of the outstanding shares of each class of another domestic corporation or corporations may either merge such other corporation or corporations into itself without the authorization of the shareholders of any such corporation or merge itself and one or more of such other corporations into one of such other corporations with the authorization of

the parent corporation's shareholders in accordance with paragraph (a) of section 903 (Authorization by shareholders)". Determinando las siguientes particularidades en el procedimiento de fusión: "In either case, the board of such parent corporation shall adopt a plan of merger, setting forth: (1) The name of each corporation to be merged and the name of the surviving corporation, and if the name of any of them has been changed, the name under which it was formed. (2) The designation and number of outstanding shares of each class of each corporation to be merged and the number of such shares of each class, if any, owned by the surviving corporation; and if the number of any such shares is subject to change prior to the effective date of the merger, the manner in which such change may occur. (3) The terms and conditions of the proposed merger, including the manner and basis of converting the shares of each subsidiary corporation to be merged not owned by the parent corporation into shares, bonds or other securities of the surviving corporation, or the cash or other consideration to be paid or delivered in exchange for shares of each such subsidiary corporation, or a combination thereof. (4) If the parent corporation is not the surviving corporation, provision for the pro rata issuance of shares of the surviving corporation to the shareholders of the parent corporation on surrender of any certificates therefor. (5) If the parent corporation is not the surviving corporation, a statement of any amendments or changes in the certificate of incorporation of the surviving corporation to be effected by the merger. (6) Such other provisions with respect to the proposed merger as the board considers necessary or desirable. (b) If the surviving corporation is the parent corporation, a copy of such plan of merger or an outline of the material features thereof shall be given, personally or by mail, to all holders of shares of each subsidiary corporation to be merged not owned by the parent corporation, unless the giving of such copy or outline has been waived by such holders. (c) A certificate of merger, entitled "Certificate of merger of into (names of corporations) under section 905 of the Business Corporation Law", shall be signed and delivered to the department of state by the surviving corporation. If the surviving corporation is the parent corporation and such corporation does not own all shares of each subsidiary corporation to be merged, such certificate shall be delivered not less than thirty days after the giving of a copy or outline of the material features of the plan of merger to shareholders of each such subsidiary corporation, or at any time after the waiving thereof by the holders of all of the outstanding shares of each such subsidiary corporation not owned by the surviving corporation. The certificate shall set forth: (1) The statements required by subparagraphs (a) (1), (2), (4) and (5) of this section. (2) The effective date of the merger if other than the date of filing of the certificate of merger by the department of state. (3) The date when the certificate of incorporation of each constituent corporation was filed by the department of state. (4) A statement that the plan of merger was adopted by the board of directors of the parent corporation. (5) If the surviving corporation is the parent corporation and such corporation does not own all the shares of each subsidiary corporation to be merged, either the date of the giving to holders of shares of each such subsidiary corporation not owned by the surviving corporation of a copy of the plan of merger or an outline of the material features thereof, or a statement that the giving of such copy or outline has been waived, if such is the case. (6) If the parent corporation is not the surviving corporation, a statement that the proposed merger has been approved by the shareholders of the parent corporation in accordance with paragraph (a) of section 903 (Authorization by shareholders). (d) The surviving corporation shall thereafter cause a copy of such certificate, certified by the department of state, to be filed in the office of the clerk of each county in which the office of a constituent corporation, other than the surviving corporation, is located, and in the office of the official who is the recording officer of each county in this state in which real property of a constituent corporation, other than the surviving corporation, is situated. (e) Paragraph (b) of section 903 (Authorization by shareholders) shall apply to a merger under this section. (f) The right of merger granted by this section to certain corporations shall not preclude the exercise by such corporations of any other right of merger or consolidation under this article"; Asimismo Arizona Revised Statutes, Title 10 - Corporations and Associations, Capítulo 11. art.1, 10-1104. Merger or other transaction involving subsidiary, establece : "A. A parent entity owning at least ninety per cent of the outstanding shares of each class of a subsidiary domestic corporation may merge the subsidiary into itself, cause the conversion, domestication or division of the subsidiary or cause the shares of the subsidiary to be acquired in an interest exchange without approval of the interest holders of the parent or the shareholders of the subsidiary. B. The governors of the parent shall adopt a plan that complies with title 29, chapter 6. C. The parent shall mail a copy or summary of the plan to each shareholder, other than the parent, of the subsidiary who does not waive the mailing requirement in writing. D. The parent may not deliver a statement of merger or other transaction to the commission for filing until at least thirty days after the date it mailed a copy of the plan to each shareholder of the subsidiary who did not waive the mailing requirement. E. A statement of merger or other transaction in connection with a transaction that is governed by this section shall not contain amendments to the public organizational document of the parent entity"; California Corporations Code, Section 1100-1113, parágrafo 1110, establece: "(a) If a domestic corporation owns all the outstanding shares, or owns less than all the outstanding shares but at least 90 percent of the outstanding shares of each class, of a corporation or corporations, domestic or foreign, the merger of the subsidiary corporation or corporations into the parent corporation or the merger into the subsidiary corporation of the parent corporation and any other subsidiary corporation or

corporations, may be effected by a resolution or plan of merger adopted and approved by the board of the parent corporation and the filing of a certificate of ownership as provided in subdivision (e). The resolution or plan of merger shall provide for the merger and shall provide that the surviving corporation assumes all the liabilities of each disappearing corporation and shall include any other provisions required by this section.

(b) If the parent corporation owns less than all the outstanding shares but at least 90 percent of the outstanding shares of each class of the subsidiary corporation that is a party to the merger, the resolution or plan of merger also shall set forth the securities, cash, property, or rights to be issued, paid, delivered, or granted upon surrender of each outstanding share of the subsidiary corporation not owned by the parent corporation and the entire resolution or plan of merger as well as the consideration to be received for each share of the subsidiary corporation not owned by the parent corporation, shall be approved by the board of that subsidiary corporation.

(c) If the parent corporation is to be merged into one of its subsidiary corporations, the resolution or plan of merger also shall provide for the pro rata conversion of the outstanding shares of the parent corporation into shares of the surviving subsidiary corporation. In this case, the entire resolution or plan of merger shall be approved by the board of the surviving subsidiary corporation and, if the merger, but for the operation of this section, would be a merger reorganization (Section 181) the principal terms of which would be required to be approved by the outstanding shares (Section 152) of any class of the parent corporation pursuant to subdivision (d) of Section 1201, the principal terms of the resolution or plan of merger shall be approved by the outstanding shares (Section 152) of that same class of the parent corporation". Previendo, respecto del procedimiento de fusión, lo siguiente: "(d) In any merger pursuant to this section, the resolution or plan of merger may provide for the amendment of the articles of the surviving corporation to change its name, subject to Section 201, regardless of whether the name so adopted is the same as or similar to that of one of the disappearing corporations. The provision shall establish the wording of the amendment pursuant to paragraph (2) of subdivision (a) of Section 907 and the resolution or plan of merger shall not provide for the amendment of the articles of the surviving corporation other than to change its name. (e) After the required approval or approvals of the resolution or plan of merger, a certificate of ownership consisting of an officers' certificate of the parent corporation shall be filed, and a copy thereof for each domestic subsidiary corporation and qualified foreign disappearing subsidiary corporation which is a party to the merger shall also be filed. The certificate of ownership shall: (1) Identify the parent and subsidiary corporation or corporations. (2) Set forth the share ownership by the parent corporation of each subsidiary corporation as 100 percent of the outstanding shares or as at least 90 percent of the outstanding shares of each class, as the case may be. (3) Set forth the resolution or plan of merger. (4) Set forth approval of the resolution or plan of merger by the board of the parent corporation. (5) Set forth other approvals of the resolution or plan of merger as required under subdivision (b) or (c), if applicable. (f) Upon the filing of the certificate of ownership, the merger shall be effective and any amendment of the articles of the surviving corporation set forth in the certificate shall be effective. (g) A merger pursuant to this section may be effected if the parent corporation is a foreign corporation and if at least one subsidiary corporation is a domestic corporation but in such a case the certificate of ownership prepared as in subdivision (e) or the document required by subdivision (d) of Section 1108 shall be filed as to each domestic and qualified foreign subsidiary corporation, but no filing shall be made as to the foreign parent corporation. No merger into or with a foreign corporation may be effected as provided by this section unless the laws of the state or place of its incorporation permit that action. (h) In the event all of the outstanding shares of a subsidiary domestic corporation party to a merger effected under this section are not owned by the parent corporation immediately prior to the merger, the parent corporation shall, at least 20 days before the effective date of the merger, give notice to each shareholder of such subsidiary corporation that the merger will become effective on or after a specified date. The notice shall contain a copy of the resolution or plan of merger and the information required by subdivision (a) of Section 1301. The notice shall be sent by mail addressed to the shareholder at the address of the shareholder as it appears on the records of the corporation. The shareholder shall have the right to demand payment of cash for the shares of the shareholder pursuant to Chapter 13 (commencing with Section 1300). (i) If an agreement of merger is entered into between a parent corporation and one or more of its subsidiary corporations and the share ownership requirements of subdivision (a) are met, the agreement of merger may be filed as a plan of merger with a certificate of ownership in accordance with the requirements of this section, in which case Sections 1101, 1102, 1103, 1200, 1201, and 1202 shall not apply; or the agreement of merger may be filed pursuant to Section 1103, in which case this section shall not apply"; Hawaii Business Corporation Act, Chapter 414, parágrafo 414-314 Merger of subsidiary, establece: "(a) A parent corporation owning at least ninety per cent of the outstanding shares of each class of a subsidiary corporation may merge the subsidiary into itself without approval of the shareholders of the parent or subsidiary. (b) The board of directors of the parent corporation shall adopt a plan of merger that sets forth"; Illinois Compiled Statutes, Business Organizations. Business Corporation Act of 1983, Article 11. Merger and Consolidation, Sec. 11.30. Merger of subsidiary corporation, indica: "(a) Any corporation, in this Section referred to as the "parent corporation", owning at least 90% of the outstanding shares of each class of shares of any other corporation or corporations, in this Section referred to as the

“subsidiary corporation”, may merge the subsidiary corporation or corporations into itself or into one of the subsidiary corporations, if each merging subsidiary corporation is solvent, without approval by a vote of the shareholders of the parent corporation or the shareholders of any of the merging subsidiary corporations, upon completion of the requirements of this Section. (b) The board of directors of the parent corporation shall, by resolution, approve a plan of merger setting forth”; Iowa Code (2015)/Title XII Business Entities/Subtitle 2 Business and Professional Corporations and Companies/Chapter 490 Business Corporations/490.1105 Merger between parent and subsidiary or between subsidiaries, determina: “1. A domestic parent corporation that owns shares of a domestic or foreign subsidiary corporation that carry at least ninety percent of the voting power of each class and series of the outstanding shares of the subsidiary that have voting power may merge the subsidiary into itself or into another such subsidiary, or merge itself into the subsidiary, without the approval of the board of directors or shareholders of the subsidiary unless the articles of incorporation of any of the corporations otherwise provide, and unless, in the case of a foreign subsidiary, approval by the subsidiary’s board of directors or shareholders is required by the laws under which the subsidiary is organized; 2. If under subsection 1 approval of a merger by the subsidiary’s shareholders is not required, the parent corporation shall, within ten days after the effective date of the merger, notify each of the subsidiary’s shareholders that the merger has become effective. 3. Except as provided in subsections 1 and 2, a merger between a parent and subsidiary shall be governed by the provisions of this division, applicable to mergers generally”; El artículo 67, Merger or Consolidation del Kansas 2012 Statute (2012), 17-6703, Merger of parent corporation and subsidiary corporation or corporations, precisa: “(a) In any case in which at least 90% of the outstanding shares of each class of the stock of a corporation or corporations is owned by another corporation and one of such corporations is a corporation of this state and the other or others are corporations of this state or of any other state or states or of the District of Columbia and the laws of such other state or states, or the District of Columbia permit a corporation of such jurisdiction to merge with a corporation of another jurisdiction, the corporation having such stock ownership may either merge such other corporation or corporations into itself and assume all of its or their obligations, or merge itself, or itself and one or more of such other corporations, into one of such other corporations by executing and filing, in accordance with K.S.A. 17-6003”; Kentucky Revised Statutes, Chapter 71B.11-040 Merger of subsidiary, dispone: “(1) A parent corporation owning at least ninety percent (90%) of the outstanding shares of each class of a subsidiary corporation may merge the subsidiary into itself without approval of the shareholders of the parent or subsidiary. (2) The board of directors of the parent shall adopt a plan of merger that sets forth: (a) The names of the parent and subsidiary; and (b) The manner and basis of converting the shares of the subsidiary into shares, obligations, or other securities of the parent or any other corporation or into cash or other property in whole or part. (3) The parent shall mail a copy or summary of the plan of merger to each shareholder of the subsidiary who does not waive the mailing requirement in writing. (4) The parent shall not deliver articles of merger to the Secretary of State for filing until at least thirty (30) days after the date it mailed a copy of the plan of merger to each shareholder of the subsidiary who did not waive the mailing requirement”; Massachusetts Laws, Section 11.05. Merger between parent and Subsidiary or between Subsidiaries, establece: “(a) A domestic parent corporation that owns shares of a domestic or foreign subsidiary corporation that carry at least 90 per cent of the voting power of each class and series of the outstanding shares of the subsidiary that have voting power may merge the subsidiary into itself or into another such subsidiary, or merge itself into the subsidiary, without the approval of the board of directors or shareholders of the subsidiary, unless the articles of organization of any of the corporations otherwise provide, and unless, in the case of a foreign subsidiary, approval by the subsidiary’s board of directors or shareholders is required by the laws under which the subsidiary is organized. (b) If under subsection (a) approval of a merger by the subsidiary’s shareholders is not required, the parent corporation shall, within 10 days after the effective date of the merger, notify each of the subsidiary’s shareholders that a merger has become effective. (c) Except as provided in subsections (a) and (b), a merger between a parent and subsidiary shall be governed by Chapter 11 applicable to mergers generally”.

¹⁶⁷⁸ La Sección 253 de la Delaware GCL “Merger of Parent Corporation and Subsidiary or Subsidiaries” establece lo siguiente: (a) In any case in which at least 90% of the outstanding shares of each class of the stock of a corporation or corporations (other than a corporation which has in its certificate of incorporation the provision required by § 251(g)(7)(i) of this title), of which class there are outstanding shares that, absent this subsection, would be entitled to vote on such merger, is owned by another corporation and 1 of the corporations is a corporation of this State and the other or others are corporations of this State, or any other state or states, or the District of Columbia and the laws of the other state or states, or the District permit a corporation of such jurisdiction to merge with a corporation of another jurisdiction, the corporation having such stock ownership may either merge the other corporation or corporations into itself and assume all of its or their obligations, or merge itself, or itself and 1 or more of such other corporations, into 1 of the other corporations by executing, acknowledging and filing, in accordance with § 103 of this title, a certificate of such ownership and merger setting forth a copy of the resolution of its board of directors to so merge and

the date of the adoption; provided, however, that in case the parent corporation shall not own all the outstanding stock of all the subsidiary corporations, parties to a merger as aforesaid, the resolution of the board of directors of the parent corporation shall state the terms and conditions of the merger, including the securities, cash, property, or rights to be issued, paid, delivered or granted by the surviving corporation upon surrender of each share of the subsidiary corporation or corporations not owned by the parent corporation or the cancellation of some or all of such shares. Any of the terms of the resolution of the board of directors to so merge may be made dependent upon facts ascertainable outside of such resolution, provided that the manner in which such facts shall operate upon the terms of the resolution is clearly and expressly set forth in the resolution”.

¹⁶⁷⁹ “The term “facts,” as used in the preceding sentence, includes, but is not limited to, the occurrence of any event including a determination or action by any person or body, including the corporation”, aclara la misma sección”.

¹⁶⁸⁰ Indica posteriormente la Sección 253 de la Delaware GCL que “If the parent corporation be not the surviving corporation, the resolution shall include provision for the pro rata issuance of stock of the surviving corporation to the holders of the stock of the parent corporation on surrender of any certificates therefor, and the certificate of ownership and merger shall state that the proposed merger has been approved by a majority of the outstanding stock of the parent corporation entitled to vote thereon at a meeting duly called and held after 20 days’ notice of the purpose of the meeting mailed to each such stockholder at the stockholder’s address as it appears on the records of the corporation if the parent corporation is a corporation of this State or state that the proposed merger has been adopted, approved, certified, executed and acknowledged by the parent corporation in accordance with the laws under which it is organized if the parent corporation is not a corporation of this State. If the surviving corporation exists under the laws of the District of Columbia or any state or jurisdiction other than this State, subsection (d) of § 252 of this title shall also apply to a merger under this section”. Precisando también que “(b) If the surviving corporation is a Delaware corporation, it may change its corporate name by the inclusion of a provision to that effect in the resolution of merger adopted by the directors of the parent corporation and set forth in the certificate of ownership and merger, and upon the effective date of the merger, the name of the corporation shall be so changed c) Subsection (d) of § 251 of this title shall apply to a merger under this section, and subsection (e) of § 251 of this title shall apply to a merger under this section in which the surviving corporation is the subsidiary corporation and is a corporation of this State. References to “agreement of merger” in subsections (d) and (e) of § 251 of this title shall mean for purposes of this subsection the resolution of merger adopted by the board of directors of the parent corporation. Any merger which effects any changes other than those authorized by this section or made applicable by this subsection shall be accomplished under § 251 or § 252 of this title. Section 262 of this title shall not apply to any merger effected under this section, except as provided in subsection (d) of this section. (d) In the event all of the stock of a subsidiary Delaware corporation party to a merger effected under this section is not owned by the parent corporation immediately prior to the merger, the stockholders of the subsidiary Delaware corporation party to the merger shall have appraisal rights as set forth in § 262 of this title.”

¹⁶⁸¹ Indica la Sección 253 (e) de la Delaware GCL que “a merger may be effected under this section although 1 or more of the corporations parties to the merger is a corporation organized under the laws of a jurisdiction other than 1 of the United States; provided that the laws of such jurisdiction permit a corporation of such jurisdiction to merge with a corporation of another jurisdiction”.

¹⁶⁸² FERNÁNDEZ DEL POZO, L, op. cit. (*Derecho contable de fusiones y escisiones*), p. 23, afirma que “a pesar de que la NIIF3 adoptada en Europa excluye de su ámbito la fusiones intragrupo, éstas son las más habituales en nuestros Registros Mercantiles (más del 90 por 100 de ellas)”. Según el Apéndice B, apartado B1, de la NIIF3: “Esta NIIF no se aplicará a combinaciones de negocios de entidades o negocios bajo control común. Una combinación de negocios entre entidades o negocios bajo control común es una combinación de negocios en la que todas las entidades o negocios que se combinan están controlados, en última instancia, por una misma parte o partes, tanto antes como después de la combinación de negocios, y dicho control no es transitorio”.

¹⁶⁸³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L, op. cit. (*Derecho contable de fusiones y escisiones*), p. 37; el mismo autor, en op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 61, precisa que “no todas las fusiones (...) son “combinaciones de negocios”: existen fusiones (...), que a veces se denominan “impropias”, que no resultan en la sujeción de otra u otras entidades independientes al control de una entidad “adquirente””.

¹⁶⁸⁴ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008), aparato II.1.6 (51).

¹⁶⁸⁵ STJUE de 21 de octubre de 2010, asunto C-242/09, Albron Catering BV y FNV Bondgenoten, John Roest, que añade respecto de la transcendencia del grupo, en sí mismo considerado lo siguiente: “En el supuesto de transmisión, en el sentido de la Directiva 2001/23, de una empresa perteneciente a un grupo, a una empresa ajena al grupo, puede considerarse igualmente “cedente”, en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, la empresa del grupo a la que los trabajadores estaban destinados de manera permanente sin que, sin embargo, estuvieran vinculados a ésta mediante un contrato de trabajo, aunque exista dentro de dicho grupo una empresa con la que los trabajadores de que se trate estaban vinculados mediante tal contrato de trabajo”; El Abogado General Sr. Yves Bot, en las conclusiones 42-44. de las presentadas en el asunto de referencias, el 3 de junio de 2010, precisa lo siguiente: “Un trabajador por cuenta ajena que, en el marco de relaciones entre sociedades pertenecientes al mismo grupo, está empleado legalmente por una sociedad de dicho grupo y adscrito de manera permanente a otra sociedad del mismo, tiene una relación estable con esta última, comparable en gran medida a la que existiría si hubiera sido contratado directamente por ella. En efecto, por un lado, dicho trabajador está integrado en la estructura de la sociedad de adscripción y contribuye al ejercicio de su actividad económica. Por otro, el carácter permanente de su adscripción confiere a la relación laboral con dicha sociedad la misma duración que la estipulada en el contrato de trabajo con la sociedad empleadora. La sociedad de adscripción puede disponer así de un trabajador por tiempo indefinido, al que puede formar en función de sus necesidades. Asimismo, se beneficia de la experiencia adquirida por ese trabajador en el ejercicio de sus funciones a su servicio, en su caso durante toda la vida profesional de éste, como podría hacerlo si fuera su empleador legal. Por consiguiente, una relación laboral de este tipo es claramente distinta de la que dicha sociedad podría tener con un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal. En efecto, un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal sólo se adscribe a la sociedad usuaria con carácter temporal. No ha sido elegido personalmente por dicha sociedad, sino que ha sido seleccionado por la empresa de trabajo temporal, la cual le ha distinguido entre todos sus trabajadores debido a su aptitud para satisfacer las necesidades manifestadas por la sociedad usuaria en su solicitud”.

¹⁶⁸⁶ STJUE de 2 de diciembre de 1999, asunto C-234/98, G.C. Allen y otros y Amalgamated Construction Co. Ltd., que añade lo siguiente: “Nada justifica que, para la aplicación de la Directiva, la unidad de comportamiento en el mercado de la sociedad matriz y de sus filiales prevalezca sobre la separación formal entre estas sociedades que tienen personalidades jurídicas distintas. En efecto, una solución de esta naturaleza, que tendría la consecuencia de excluir las transmisiones entre sociedades de un mismo grupo del ámbito de aplicación de la Directiva, iría precisamente en contra del objetivo de ésta que, según el Tribunal de Justicia, es garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles seguir al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones que las pactadas con el cedente. Por lo tanto, (...) la Directiva puede aplicarse a una transmisión entre dos sociedades de un mismo grupo que tengan los mismos propietarios, la misma dirección, las mismas instalaciones y que trabajen en la misma obra”.

¹⁶⁸⁷ Artículo 5: “Los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen concebirán un proyecto común de fusión transfronteriza. Este proyecto contendrá, al menos: “b) la proporción aplicable al canje de los títulos o participaciones del capital social y, en su caso, el importe de cualquier pago en efectivo; c) las formas de entrega de los títulos o participaciones representativos del capital social de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza; (...) e) la fecha a partir de la cual estos títulos o participaciones representativos del capital social darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho”

¹⁶⁸⁸ Artículo 8: “1. Un informe pericial independiente destinado a los socios y disponible al menos un mes antes de la fecha de la reunión de la junta general contemplada en el artículo 9 para cada una de las sociedades que se fusionen. Estos peritos podrán ser, según la legislación de cada Estado miembro, personas físicas o jurídicas; 2. Como alternativa a peritos que operen por cuenta de cada una de las sociedades que se fusionen, uno o más peritos independientes, designados para ello, previa petición conjunta de dichas sociedades, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa una de las sociedades que se fusionen o la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, o autorizados por dicha autoridad, podrán estudiar el proyecto común de fusión transfronteriza y redactar un informe escrito único destinado a la totalidad de los socios; 3. El informe de los peritos contendrá como mínimo (...). Los peritos estarán facultados para pedir a cada una de las empresas que se fusionen cualquier información que consideren necesaria para poder llevar a cabo su cometido; 4. No se exigirá un examen del proyecto común de fusión transfronteriza por parte de peritos independientes ni un informe pericial cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión transfronteriza”.

¹⁶⁸⁹ No producirá los siguientes efectos referidos en el artículo 14: “b) los socios de la sociedad absorbida se convertirán en socios de la sociedad absorbente”.

¹⁶⁹⁰ Art. 9.1: “Después de haber tenido conocimiento de los informes contemplados en los artículos 7 y 8, la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen se pronunciará sobre el proyecto común de fusión transfronteriza”.

¹⁶⁹¹ El artículo 15 se refiere literalmente a la Directiva 78/855/CEE, la cual ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

¹⁶⁹² El proyecto de fusión no contendrá: “b) la relación de canje de las acciones y, en su caso, el importe de la compensación en dinero; c) las modalidades de entrega de las acciones de la sociedad absorbente”.

¹⁶⁹³ Artículo 9: “1. Los órganos de administración o de dirección de cada una de las sociedades que se fusionen elaborarán un informe detallado por escrito que explique y justifique desde el punto de vista jurídico y económico el proyecto de fusión y, en particular, la relación de canje de las acciones. Dicho informe indicará, además, las dificultades particulares de evaluación, si es que las hubiere. 2. Los órganos de administración o de dirección de cada una de las sociedades que se fusionen deberán informar a la junta general de su sociedad y a los órganos de administración o de dirección de las otras sociedades implicadas a fin de que estos puedan informar a sus respectivas juntas generales de cualquier modificación importante del activo y del pasivo sobrevenida entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la fecha de la reunión de las juntas generales llamadas a pronunciarse sobre el mismo. 3. Los Estados miembros podrán estipular que el informe a que se hace referencia en el apartado 1 o la información mencionada en el apartado 2 no se exijan si así lo han acordado todos los accionistas y tenedores de otros títulos que confieran derecho a voto de todas y cada una de las sociedades que participen en la fusión”.

¹⁶⁹⁴ Artículo 10: 1. Por cada una de las sociedades que se fusionen, uno o varios peritos independientes de estas, designados o reconocidos por una autoridad judicial o administrativa, examinarán el proyecto de fusión y elaborarán un informe escrito destinado a los accionistas. No obstante, la legislación de un Estado miembro podrá prever la designación de uno o varios peritos independientes para todas las sociedades que se fusionen, si esta designación, a petición conjunta de estas sociedades, fuera hecha por una autoridad judicial o administrativa. Estos peritos podrán ser, según la legislación de cada Estado miembro, personas físicas o jurídicas, o sociedades. 2. En el informe mencionado en el apartado 1, los peritos deberán declarar en todo caso sí, en su opinión, la relación de canje es o no pertinente y razonable. Esta declaración deberá, al menos: a) indicar el o los métodos seguidos para la determinación de la relación de canje propuesto; b) indicar si este o estos métodos son los adecuados en este caso y mencionar los valores a los que conduce cada uno de estos métodos, dando una opinión sobre la importancia relativa dada a estos métodos en la determinación del valor considerado. El informe indicará además las dificultades particulares de evaluación, si es que las hubiere. 3. Cada perito tendrá derecho a obtener de las sociedades que se fusionen todas las informaciones y documentos útiles y a proceder a cualquier verificación necesaria. 4. No se requerirá un examen del proyecto de fusión ni un informe pericial si así lo acuerdan todos los accionistas y tenedores de títulos que confieran derecho a voto de cada una de las sociedades que participan en la fusión”.

¹⁶⁹⁵ No tienen que depositarse en el domicilio social: “d) en su caso, los informes de los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionen mencionados en el artículo 9; e) cuando proceda, el informe mencionado en el artículo 10, apartado 1”.

¹⁶⁹⁶ La fusión no produce, ipso iure y simultáneamente, los siguientes efectos: “b) los accionistas de la sociedad absorbida se convertirán en accionistas de la sociedad absorbente”.

¹⁶⁹⁷ Artículo 20: “Las legislaciones de los Estados miembros organizarán al menos la responsabilidad civil de los miembros del órgano de administración o de dirección de la sociedad absorbida ante los accionistas de esta sociedad en razón de las faltas cometidas por miembros de este órgano en la preparación y en la realización de la fusión”.

¹⁶⁹⁸ Artículo 21: “Las legislaciones de los Estados miembros organizarán al menos la responsabilidad civil ante los accionistas de la sociedad absorbida, de los peritos encargados de establecer para esta sociedad el informe previsto en el artículo 10, apartado 1, en razón de las faltas cometidas por estos peritos en el cumplimiento de su misión”.

¹⁶⁹⁹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*), p. 114, que precisa: “Por razones de conveniencia se opta por lo segundo (control), sometiendo a control las sociedades que postulen al estatuto europeo en lugar de generalizarlo en cada país la conjunto de las sociedades. Se trata de evitar que la forma Se convierta en un refugio para las sociedades nacionales que huyan de alguna reglamentación más exigente de derecho interno”.

¹⁷⁰⁰ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., op. cit. (*Capítulo 4. Procedimientos para constituir una SE*), p.290.

¹⁷⁰¹ Indica SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. “*Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea (SE)*”, en *La Sociedad anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona, 2004, p. 308, que “conceptualmente hablando no existe, en ninguno de los casos, en puridad una constitución de sociedad, y ni siquiera cuando se trata de una fusión por constitución se puede decir, acriticamente, que está sometida a las exigencias técnico jurídicas que conforma aquella. La fusión tiene sus propias normas ordenadoras, diversas en muchos aspectos de las propias de la constitución de una sociedad y a las que con frecuencia sustituye o desplaza, por lo que constituye otra técnica de creación de sociedades diversa de la constitución en sentido estricto y que, por lo tanto, desplaza lo que pudiera una aplicación mimética de este régimen en muchos de sus aspectos”.

¹⁷⁰² “La elección entre una fusión transfronteriza, o de una fusión para la constitución de una SE queda (...) a la libre elección de las empresas que participan”, afirma SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea (SE)*), p. 304.

¹⁷⁰³ El proyecto de fusión no está obligado a contener: “b) la relación de canje de las acciones y, en su caso, el importe de la compensación; c) las formas de entrega de las acciones de la SE; d) la fecha a partir de la cual estas acciones darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho”.

¹⁷⁰⁴ Artículo 22: “Como alternativa a peritos que operen por cuenta de cada una de las sociedades que se fusionen, uno o más peritos independientes tal como se definen en el artículo 10 de la Directiva 78/855/CEE, designados para ello, previa petición conjunta de dichas sociedades, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa una de las sociedades que se fusionen o la futura SE, podrán estudiar el proyecto de fusión y redactar un informe único destinado a la totalidad de los accionistas. Los peritos estarán facultados para pedir a cada una de las empresas que se fusionen cualquier información que consideren necesaria para poder llevar a cabo su cometido”.

¹⁷⁰⁵ No se producirá ipso iure y simultáneamente el siguiente efecto: “b) los accionistas de la sociedad absorbida se convertirán en accionistas de la sociedad absorbente”.

¹⁷⁰⁶ Un supuesto singular de fusión, aunque solamente una de las participantes era una sociedad anónima y las demás eran sociedades limitadas, fue el contemplado en la STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 1 de julio de 2013. Los hechos fueron los siguientes, el Gobierno de Cantabria era accionista único de las siguientes sociedades unipersonales, SOCIEDAD REGIONAL DE CULTURA Y DEPORTE, S.L., dedicada a la actividad de realizar las tareas técnicas y económicas necesarias para el desarrollo de los programas culturales y deportivos de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Cantabria, y en especial la creación, rehabilitación y mantenimiento de infraestructuras culturales y deportivas cuya titularidad y/o gestión correspondía a la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte, incluida la adquisición, arrendamiento, promoción y gestión de inmuebles, siempre guardasen relación con su objetivo. Su actividad se desarrollaba tanto en el ámbito de los deportes, como de la cultura y en concreto a este respecto, prestando sus servicios en cuevas, museos, archivos y bibliotecas, SOCIEDAD REGIONAL PARA LA GESTION Y PROMOCION DE ACTIVIDADES CULTURALES DEL PALACIO DE FESTIVALES DE CANTABRIA, S.A., que tenía como objeto social la explotación de todos los elementos y servicios del Palacio de Festivales y de otros locales, con el fin de llevar a cabo la organización, gestión y ejecución de todos tipo de actividades culturales y artísticas y la celebración de congresos. Su actividad se centraba en el desarrollo de actividades musicales, teatrales, artes escénicas y cine, así como la explotación mediante arrendamiento, de las principales instalaciones del palacio, con el fin de la celebración de congresos, exposiciones, juntas y otros eventos similares, y SOCIEDAD GESTORA DEL AÑO JUBILAR LEBANIEGO, S.L., que se dedicaba a la promoción y difusión del año jubilar lebaniego, sus caminos y el patrimonio cultural relacionado con los mismos; y en especial, el diseño, programación, coordinación y en su caso, la realización de actividades relacionadas con la conmemoración de los años jubilaes lebaniegos. Las dos últimas sociedades citadas fueron absorbidas por la primera. En el proceso de fusión de las tres sociedades “compartían el mismo director general” habiendo sido nombrada en una determinada fecha “directora de recursos humanos de la Sociedad Regional de Cultura y Deporte, la Sra. F. en virtud de un contrato de alta dirección, siendo encargada de recabar información de las otras sociedades objeto de fusión”. Precisa aquella sentencia que “el hecho de que las tres Sociedades en proceso de fusión tuvieran un director general común o que la directora de recursos humanos de una de ellas, se personase en las dependencias de las otras con el fin de recabar informarse sobre su funcionamiento e incluso asistiese a las reuniones de tramitación del ERE del Palacio de Festivales (perteneciente a otra de las sociedades del grupo, y de la que ella no era de recursos humanos), podrían considerarse como elementos indiciarios de la existencia de una dirección común. La sentencia no se detiene en los aspectos y consecuencias laborales no de la fusión sino de la “existencia o no de grupo de empresas a efectos laborales”, pues los despidos por las que las tres habían sido demandadas se produjeron con anterioridad, bien que inmediata a la fusión, llegando a la conclusión de

que se m trataba de un supuesto de “tres Sociedades reales y no ficticias, en las que no ha existido confusión de plantillas, no pudiendo catalogarse como tal, la circunstancia antes referenciada, relativa a la directora de recursos humanos. Por ello, el hecho de estar ante un proceso de reestructuración empresarial, en el que se precisa conocer la situación real de las empresas que van a ser fusionadas, hace que el elemento indiciario de una dirección conjunta o unitaria, quede seriamente atenuado. No obstante, tales elementos se encuentran claramente atenuados por el hecho de que se había iniciado un proceso de fusión de las tres Sociedades regionales, para cuya consecución se nombró no solo un director general para todas ellas sino también una persona encargada de velar para facilitar dicha fusión”.

¹⁷⁰⁷ Análisis comparativo de los artículos 5.2. b), c) y d) de la Directiva 2011/35 (F), y del artículo 5.b),c) y e) de la Directiva 2005/56(FT): b (5.2F)) la relación de canje de las acciones y, en su caso, el importe de la compensación en dinero; b (5FT)) la proporción aplicable al canje de los títulos o participaciones del capital social y, en su caso, el importe de cualquier pago en efectivo; c (5.2F)) las modalidades de entrega de las acciones de la sociedad absorbente; c (5FT)) las formas de entrega de los títulos o participaciones representativos del capital social de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza; d (5.2F)) la fecha a partir de la cual estas acciones darán derecho a participar en los beneficios, así como toda modalidad particular relativa a este derecho; e (5FT)) la fecha a partir de la cual estos títulos o participaciones representativos del capital social darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho).

¹⁷⁰⁸ Artículo 8(FT):1. Un informe pericial independiente destinado a los socios y disponible al menos un mes antes de la fecha de la reunión de la junta general contemplada en el artículo 9 para cada una de las sociedades que se fusionen. Estos peritos podrán ser, según la legislación de cada Estado miembro, personas físicas o jurídicas; 2. Como alternativa a peritos que operen por cuenta de cada una de las sociedades que se fusionen, uno o más peritos independientes, designados para ello, previa petición conjunta de dichas sociedades, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa una de las sociedades que se fusionen o la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, o autorizados por dicha autoridad, podrán estudiar el proyecto común de fusión transfronteriza y redactar un informe escrito único destinado a la totalidad de los socios; 3. El informe de los peritos contendrá como mínimo los datos previstos en el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (1). Los peritos estarán facultados para pedir a cada una de las empresas que se fusionen cualquier información que consideren necesaria para poder llevar a cabo su cometido; 4. No se exigirá un examen del proyecto común de fusión transfronteriza por parte de peritos independientes ni un informe pericial cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión transfronteriza; 9(F)) 1. Los órganos de administración o de dirección de cada una de las sociedades que se fusionen elaborarán un informe detallado por escrito que explique y justifique desde el punto de vista jurídico y económico el proyecto de fusión y, en particular, la relación de canje de las acciones. Dicho informe indicará, además, las dificultades particulares de evaluación, si es que las hubiere; 2. Los órganos de administración o de dirección de cada una de las sociedades que se fusionen deberán informar a la junta general de su sociedad y a los órganos de administración o de dirección de las otras sociedades implicadas a fin de que estos puedan informar a sus respectivas juntas generales de cualquier modificación importante del activo y del pasivo sobrevenida entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la fecha de la reunión de las juntas generales llamadas a pronunciarse sobre el mismo; 3. Los Estados miembros podrán estipular que el informe a que se hace referencia en el apartado 1 o la información mencionada en el apartado 2 no se exijan si así lo han acordado todos los accionistas y tenedores de otros títulos que confieran derecho a voto de todas y cada una de las sociedades que participen en la fusión; 10 (F)) 1. Por cada una de las sociedades que se fusionen, uno o varios peritos independientes de estas, designados o reconocidos por una autoridad judicial o administrativa, examinarán el proyecto de fusión y elaborarán un informe escrito destinado a los accionistas. No obstante, la legislación de un Estado miembro podrá prever la designación de uno o varios peritos independientes para todas las sociedades que se fusionen, si esta designación, a petición conjunta de estas sociedades, fuera hecha por una autoridad judicial o administrativa. Estos peritos podrán ser, según la legislación de cada Estado miembro, personas físicas o jurídicas, o sociedades. 2. En el informe mencionado en el apartado 1, los peritos deberán declarar en todo caso sí, en su opinión, la relación de canje es o no pertinente y razonable. Esta declaración deberá, al menos: a) indicar el o los métodos seguidos para la determinación de la relación de canje propuesto; b) indicar si este o estos métodos son los adecuados en este caso y mencionar los valores a los que conduce cada uno de estos métodos, dando una opinión sobre la importancia relativa dada a estos métodos en la determinación del valor considerado. El informe indicará además las dificultades particulares de evaluación, si es que las hubiere. 3. Cada perito tendrá derecho a obtener de las sociedades que se fusionen todas las informaciones y documentos útiles y a proceder a cualquier verificación necesaria. 4. No se requerirá un examen del proyecto de fusión ni un informe pericial si así lo acuerdan todos los accionistas y tenedores de títulos que confieran derecho a voto de cada una de las sociedades que participan en la fusión.

¹⁷⁰⁹ 14.1.b (FT) 1. La fusión transfronteriza realizada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, letras a) y c), producirá, a partir de la fecha contemplada en el artículo 12, los siguientes efectos: b) los socios de la sociedad absorbida se convertirán en socios de la sociedad absorbente; 19.1.b (F) 1. La fusión produce ipso iure y simultáneamente los siguientes efectos: b) los accionistas de la sociedad absorbida se convertirán en accionistas de la sociedad absorbente.

¹⁷¹⁰ 9.1)FT): 1. Después de haber tenido conocimiento de los informes contemplados en los artículos 7 y 8, la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen se pronunciará sobre el proyecto común de fusión transfronteriza; 7(F)1. La fusión requerirá al menos la aprobación de la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen. Las legislaciones de los Estados miembros dispondrán que esta decisión de aprobación requiera al menos una mayoría que no pueda ser inferior a los dos tercios de los votos relativos a los títulos representados o bien al capital suscrito representado. (baste esta referencia al apartado 1, y sin perjuicio del condicionamiento que se efectúa en su artículo 25).

¹⁷¹¹ 11.1, b y c (F): 1. Todo accionista tendrá derecho, al menos un mes antes de la fecha de la reunión de la junta general llamada a pronunciarse sobre el proyecto de fusión, a tener conocimiento, en el domicilio social, al menos de los siguientes documentos: b) las cuentas anuales, así como los informes de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que se fusionen; c) en su caso, un estado contable cerrado a una fecha que no deberá ser anterior al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión en el caso de que las últimas cuentas anuales se refieran a un ejercicio cuyo final sea anterior en más de seis meses a esta fecha.

¹⁷¹² 20(F): Las legislaciones de los Estados miembros organizarán al menos la responsabilidad civil de los miembros del órgano de administración o de dirección de la sociedad absorbida ante los accionistas de esta sociedad en razón de las faltas cometidas por miembros de este órgano en la preparación y en la realización de la fusión; 21(F): Las legislaciones de los Estados miembros organizarán al menos la responsabilidad civil ante los accionistas de la sociedad absorbida, de los peritos encargados de establecer para esta sociedad el informe previsto en el artículo 10, apartado 1, en razón de las faltas cometidas por estos peritos en el cumplimiento de su misión.

¹⁷¹³ En la redacción dada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, y según la cual “cuando una sociedad que posea el 90 % o más, pero no la totalidad, de las acciones o de otros títulos que confieran derecho de voto en la junta general de la sociedad o sociedades absorbidas, lleve a cabo una fusión transfronteriza por absorción, solo se requerirán informes de uno o varios peritos independientes, así como los documentos necesarios para el control, en la medida en que lo exija la legislación nacional aplicable a la sociedad absorbente o la legislación nacional aplicable a la sociedad absorbida, de conformidad con la Directiva 78/855/CEE”.

¹⁷¹⁴ Artículo 49. Absorción de sociedad íntegramente participada. 1. Cuando la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas, la operación podrá realizarse sin necesidad de que concurren los siguientes requisitos: 1.º La inclusión en el proyecto de fusión de las menciones 2.ª y 6.ª del artículo 31 y, salvo que se trate de fusión transfronteriza intracomunitaria, las menciones 9.ª y 10.ª de ese mismo artículo; 2.º Los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión. No obstante, el informe de los administradores será necesario cuando se trate de una fusión transfronteriza intracomunitaria; 3.º El aumento de capital de la sociedad absorbente; 4.º La aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas.

2. Cuando la sociedad absorbente fuese titular de forma indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divide el capital de la sociedad absorbida, además de tener en cuenta lo dispuesto en el apartado anterior, será siempre necesario el informe de expertos a que se refiere el artículo 34 y será exigible, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente. Cuando la fusión provoque una disminución del patrimonio neto de sociedades que no intervienen en la fusión por la participación que tienen en la sociedad absorbida, la sociedad absorbente deberá compensar a estas últimas sociedades por el valor razonable de esa participación.

¹⁷¹⁵ JUSTE MENCÍA, J. “*Fusiones especiales*”, en *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Thomsom Reuters-Aranzadi S.A., Cuzur Menor (Navarra) 2009, p. 787.

¹⁷¹⁶ Advierte JUSTE MENCÍA, J. op. cit. (*Fusiones especiales*), pp. 789-790, que “no parece preciso encarecer que esta situación encierra peligros no desdeñables para los accionistas minoritarios de la sociedad dominante y absorbida, si se presume que los administradores tenderá a actuar de acuerdo con el interés de los socios de la mayoría (...), en caso de absorción de participada, siempre queda en la menor de los socios de la minoría que formen parte de la absorbente la petición de la decisión de avocar la competencia para decidir a la junta

general, facultad de la de no disponen en éste supuesto claramente análogo y que encierra un peligro mayor para los socios minoritarios, puesto que han de incorporarse una sociedad distinta (...). Una interpretación de acuerdo con la finalidad de la norma debería, probablemente, llevara no considerar procedente la supresión de la junta en este caso”; Del mismo autor, “*Los derechos de minoría en la sociedad anónima*”, especialmente pp. 46-49, 73, 89, 97-103, 118, 121-123, 125-130, 143-149, 154-157, 175, 205-263 y 409-460.

¹⁷¹⁷ JUSTE MENCÍA, J. op. cit. (*Fusiones especiales*), p. 786.

¹⁷¹⁸ No se puede excluir del proyecto de fusión “9.^a La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante; 10.^a Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión”.

¹⁷¹⁹ Puede traerse a colación la doctrina establecida en la STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-657/13, Verder LabTec GmbH & Co. KG y Finanzamt Hilden. Según indica el Abogado General Sr. Jääskinen, en sus conclusiones presentadas el 26 de febrero de 2015, apartado IV.2 y ,19-27: “2. Reservas ocultas e imposición de salida 19. La expresión reservas ocultas (latentes) se refiere a las ganancias, en general plusvalías, que no están incluidas en la base imponible de un sujeto pasivo a efectos del impuesto sobre la renta. Las reservas ocultas pueden proceder de una revalorización de un activo, de normas fiscales que permitan una amortización del valor de un activo mayor que la depreciación que realmente se produce por el uso y desgaste ordinarios, o de otras deducciones por gastos aún no soportados. 20. Las plusvalías latentes no tributan como ingresos en los años en los que se generan. Su tributación se aplaza, con carácter general, hasta el ejercicio en el que los ingresos se materializan efectivamente. La lógica que subyace a este sistema es que, antes de su materialización, las reservas ocultas no contribuyen a la capacidad contributiva del sujeto pasivo. Sin embargo, sobre todo en el caso de activos no financieros o bienes especialmente vulnerables a la depreciación, la realización de los activos no sucede necesariamente por su enajenación, sino que las reservas ocultas se “funden”, en sentido metafórico, cuando el valor económico del activo se aproxima a cero, por ejemplo, a resultas del uso y desgaste de la maquinaria o por la extinción de un derecho de propiedad intelectual. 21. Las reservas ocultas también se incluyen en los ingresos imposables en caso de enajenación (transferencia) para fines ajenos al objeto social. Ello significa que un activo es excluido de la base imponible del sujeto pasivo. Así sucede, por ejemplo, cuando un activo empresarial es transferido al propio empresario para su consumo privado o cuando es transmitido desde una sociedad comanditaria a sus socios sin coste alguno o por debajo del valor de mercado del citado activo. Sin embargo, los ejemplos más importantes de enajenación están relacionados con la salida del ámbito personal o territorial de la potestad tributaria de un Estado. 22. La salida tributaria, que entraña la aplicación de los llamados impuestos de salida, puede referirse al sujeto pasivo, al objeto imponible o a ambos. En general, el desplazamiento de un sujeto pasivo, persona física o persona jurídica, a otro Estado miembro transfiere la potestad tributaria a este último. Lo mismo sucede con el traslado de un “objeto imponible”, como los activos empresariales, de un Estado a otro. En cuanto a los establecimientos permanentes, pueden darse supuestos de salida del sujeto pasivo, del objeto imponible o de ambos, según el caso. 23. Los artículos 7 y 13, apartado 2, del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, relativos a la tributación de las ganancias de capital y los beneficios empresariales, atribuyen tanto al Estado de origen como al Estado de acogida potestad tributaria sobre los establecimientos permanentes de sociedades extranjeras. Para evitar la doble imposición de los mismos beneficios, los Estados de origen pueden abstenerse de gravar los beneficios de los establecimientos permanentes que sus empresas tengan en el extranjero. Así sucede también en Alemania, que exime de impuestos los ingresos producidos por establecimientos permanentes neerlandeses de sociedades establecidas en Alemania. 24. Los impuestos de salida pueden producir, en los sujetos pasivos, situaciones de doble imposición o de no tributación de las reservas ocultas. La primera situación puede darse cuando el Estado que el sujeto pasivo abandona exige un impuesto de salida basado en la diferencia entre el valor contable (en las cuentas fiscales) y el valor real del activo, mientras que el Estado de acogida aplica el mismo valor contable como base de gravamen cuando el activo se enajena, sin permitir la deducción del impuesto de salida abonado en el Estado de salida. Por el contrario, en el segundo caso la no tributación de una reserva oculta puede obedecer a que el Estado de salida no exija impuesto de salida y, al mismo tiempo, el Estado de acogida acepte el valor real del activo como valor de entrada (“stepping-up” o revisión al alza del valor), y el activo se enajena por ese valor. 25. Además, si el impuesto de salida se recauda antes de que se realice el activo, se generará un flujo de caja desfavorable para el sujeto pasivo. 26. Las observaciones presentadas (...) ponen de manifiesto el desacuerdo permanente que existe entre la Comisión y los Estados miembros sobre la admisibilidad y los mecanismos de funcionamiento de los impuestos de salida en el mercado interior. Aunque la Comisión y el Consejo parecen coincidir en la tesis básica de que los impuestos de salida constituyen restricciones a las libertades del mercado interior, pero al mismo tiempo son una consecuencia inevitable del principio de territorialidad fiscal que rige el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, sus opiniones difieren en cuanto a su justificación y proporcionalidad. Por consiguiente, no es sorprendente que los impuestos de salida hayan dado origen a una jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativamente amplia. 3. Resumen de la jurisprudencia. 27.

No hay ninguna sentencia del Tribunal de Justicia que pueda extrapolarse directamente al presente asunto”. Según la sentencia del Tribunal de Justicia: “42. Conviene recordar en ese sentido que la preservación del reparto de la potestad impositiva entre los Estados miembros es un objetivo legítimo reconocido por el Tribunal de Justicia, y que, a falta de medidas de unificación o de armonización adoptadas por la Unión, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su potestad tributaria con el fin, en particular, de suprimir la doble imposición. 43 Por otro lado, conforme al principio de territorialidad fiscal, un Estado miembro está facultado en caso de transferencia de activos a un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro para gravar en el momento de esa transferencia las plusvalías latentes generadas en su territorio antes de ella. Tal medida tiene por objeto evitar situaciones que puedan afectar al derecho del Estado miembro de origen a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas en su territorio. 44 Así pues, la transferencia de los activos objeto del litigio principal desde (en el caso la República Federal de Alemania) a otro Estado miembro no puede significar que ese primer Estado deba renunciar a su derecho a gravar las plusvalías generadas en el ámbito de su competencia fiscal antes de la transferencia de éstas fuera de su territorio. 45 Además, dado que los Estados miembros tienen el derecho de gravar las plusvalías generadas cuando los activos de que se trata se encontraban en su territorio, están facultados para prever, a efectos de ese gravamen, un hecho imponible distinto de la realización efectiva de esas plusvalías, a fin de garantizar la imposición de esos activos. (en el fundamento 46 recuerda el Tribunal de Justicia que según la resolución de remisión resulta que la normativa fiscal discutida en el litigio principal se refería al supuesto de la transferencia de activos a un establecimiento permanente situado en el territorio de un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania, cuyos rendimientos estaban exentos de impuesto en ese último Estado miembro). 47 Así pues, el afloramiento y la imposición de las plusvalías latentes correspondientes a esos activos transferidos, generadas antes de esa transferencia en el ámbito de la competencia fiscal de (en el caso, la República Federal de Alemania), pretenden asegurar la tributación de esas plusvalías no realizadas, generadas en el ámbito de la competencia fiscal de ese Estado miembro. La imposición de los rendimientos correspondientes a esos activos generados después de dicha transferencia corresponde a otro Estado miembro, en cuyo territorio está situado ese establecimiento permanente. Por tanto, una normativa fiscal como la discutida en el litigio principal es apta para garantizar la preservación del reparto de la potestad impositiva entre los Estados miembros interesados. 48 En lo que se refiere a la proporcionalidad de la normativa controvertida en el asunto principal, es preciso recordar de entrada que es proporcionado que un Estado miembro, con el fin de preservar el ejercicio de su competencia fiscal, liquide el impuesto debido por las plusvalías latentes generadas en su territorio, correspondientes a los activos transferidos fuera de éste, en el momento en que se extingue su potestad impositiva sobre esos activos, en este caso al tiempo de su transferencia fuera del territorio de ese Estado miembro. 49 En lo que se refiere a la recaudación de ese impuesto, el Tribunal de Justicia ha juzgado que debe permitirse al sujeto pasivo elegir entre el pago inmediato de ese impuesto y el pago diferido del importe del mismo impuesto, acompañado, en su caso, de intereses con arreglo a la normativa nacional aplicable. 50 En ese contexto el Tribunal de Justicia también ha juzgado que se debe tener en cuenta el riesgo de falta de percepción del impuesto, que aumenta en función del tiempo transcurrido, riesgo que el Estado miembro interesado puede tomar en consideración en su normativa nacional aplicable al pago aplazado de las deudas tributarias. (den los fundamentos 51 y 52 discute el Tribunal de Justicia sobre la cuestión de si una recaudación escalonada del impuesto en un número determinado de años, diez en el caso, podía ser una medida proporcionada para lograr el objetivo de preservar el reparto de la potestad impositiva entre los Estados miembros, concluyendo afirmativamente). Concluyendo con el siguiente fallo: El artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa fiscal de un Estado miembro, (...), que en el caso de la transferencia de activos de una sociedad establecida en el territorio de ese Estado miembro a un establecimiento permanente de esa sociedad situado en el territorio de otro Estado miembro prevé el afloramiento de las plusvalías latentes correspondientes a dichos activos generadas en el territorio de ese primer Estado miembro, la imposición de esas plusvalías y la recaudación escalonada del impuesto que las grava en diez anualidades”.

¹⁷²⁰ Precisa JUSTE MENCÍA, J. op. cit. (*Fusiones especiales*), p. 791, en relación con nuestro ordenamiento, que “por su propia naturaleza, no se plantea el aumento de capital de la absorbente, pero es preciso establecer el que tenga la nueva sociedad y atribuir nuevas acciones o participaciones en canje. Al mismo tiempo, puesto que la dispensa del acuerdo de la junta solo se concede a las sociedades absorbidas, titulares directas del capital de las absorbidas, ha de entenderse que la operación debe aprobarse en las juntas (i.e. en el caso que examinamos, siempre decisiones del socio único)”.

¹⁷²¹ El artículo 52.2 de la Ley 3/2009, establece que “cuando las sociedades absorbida y absorbente estén participadas indirectamente por el mismo socio, será siempre necesario el informe de expertos a que se refiere el artículo 34 y será exigible, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente. Cuando la fusión provoque una disminución del patrimonio neto de sociedades que no intervienen en la fusión por la participación que tienen en la sociedad absorbente o absorbida, la sociedad absorbente deberá compensar a

dichas sociedades por el valor razonable de esa participación”, en relación con el mismo afirma JUSTE MENCÍA, J. op. cit. (*Fusiones especiales*), p. 793, que “en las fusiones generales indirectas, el pago de la compensación no se produce entre sociedades participantes entre sí, por más que pertenezcan al mismo grupo. El exceso de protección de los acreedores se produce igualmente, al imponer el legislador que el patrimonio quede absolutamente indemne. En cabio, la posibilidad de repago por vía de operaciones corporativas se complica notablemente, al ser necesarias varias operaciones de transmisión patrimonial entre sociedades del grupo directamente participadas entre sí”, y más adelante, en pp. 793-794, que “la norma sobre la compensación solo se aplica a los supuestos de absorción, no es posible ponerla en práctica en la creación de una nueva sociedad por sociedades que sean íntegramente e indirectamente participadas por un mismo socio. En este caso las sociedades afectadas cambian su participación en la sociedad extinguida por participaciones de la nueva sociedad. Es posible, sin embargo, que en ese canje se infravalore la aportación de alguna de las sociedades ocasionando una merma patrimonial, supuesto de posible desprotección de los acreedores de aquella. En tal caso, si la reducción afecta a la cobertura del capital de la sociedad beneficiaria del canje, se planteará la necesidad de reducir el capital”.

11. PROCESO Y PROCEDIMIENTOS DE FUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

El proceso de fusión se desenvuelve mediante diferentes procedimientos, que se pueden ordenar en un procedimiento general, un procedimiento simplificado, categorías referibles tanto a la MBCA como a la Directiva de Fusiones Transfronterizas, y el procedimiento de constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE), los cuales, a su vez manifiestan diversas modalidades o especialidades¹⁷²².

En todo proceso de fusión existe un momento o fase preliminar, preparatoria o previa, que es anterior a la redacción y suscripción del proyecto común de fusión, argumento y elemento a la vez lógico y ontológico, en cuanto que especificación explícita de la intención de fusionarse. Mediante el acuerdo preliminar se decide proceder a una determinada fusión transfronteriza de sociedades anónimas y se inicia el procedimiento de fusión¹⁷²³. Elemento y momento con y en que aparece y comienza el procedimiento de fusión, por ello la fase preliminar preparatoria o previa de la fusión se enmarca en el proceso de fusión, pero esta fuera del procedimiento o de los procedimientos de fusión reglamentados, pudiendo pues diferenciarse entre un concepto amplio y otro estricto de procedimiento de fusión¹⁷²⁴, incluyendo el primero la fase preparatoria o preliminar, que se excluye del segundo que se inicia con la aprobación del proyecto común de fusión.

El proceso de fusión es fundamental para la delimitación y comprensión de la institución misma de la fusión. Al tratarse de la concurrencia de una pluralidad de voluntades, con el resultado de la extinción de la mayoría de las personalidades jurídicas de las entidades jurídicas (sociedades anónimas) participantes, esa concurrencia se ordena conforme a las notas de “complejidad”, como conjunto de fases, “desarrollo sucesivo de sus diferentes elementos con duración temporal”, en cuanto que tiene un principio y un final desenvolviéndose en el transcurso del tiempo, y “progresión”, en la medida en que hay una determinada dirección en la “flecha del tiempo”¹⁷²⁵. Constituye un proceso específico de modificación estructural transfronteriza de sociedades anónimas, que se desenvuelve mediante diferentes procedimientos, según la “lex societatis” de cada una de las sociedades anónimas participantes en la fusión, con un conjunto normativo procedimental común, de adecuación al entorno internacional, deducible de las disposiciones de la Directiva de Fusiones Transfronterizas.

El proceso de fusión es de carácter obligatorio¹⁷²⁶ en la medida en que está dirigido a la consecución del acuerdo, convenio o negocio de fusión¹⁷²⁷, y aparece configurado mediante una pluralidad concreta y precisa de procedimientos, cada uno con determinadas fases¹⁷²⁸, dominadas en todo caso por el sistema y modelo corporativo¹⁷²⁹ propio de las sociedades anónimas, al que habrá de vincular el consiguientes reparto de funciones y competencias entre los diferentes órganos que participan en su estructura que se establezcan en la prefiguración legal del pertinente procedimiento de fusión¹⁷³⁰.

11.1. Procedimiento general de fusión transfronteriza.

La fusión se manifiesta como un “*procedimiento normado y complejo*”¹⁷³¹, que se manifiesta paradigmáticamente en la Directiva de Fusiones Transfronterizas, dado el carácter ejemplar de esa norma, al suponer la adaptación a la globalización económica y financiera, mediada por la existencia de Estados nacionales, del sistema generalmente dispositivo regulador del hecho de la fusión, especialmente vía Directiva 2011/35, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, así como por la influencia en el proceso que en ella se establece del Reglamento(CE) núm. 2157/2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), especialmente en relación con la participación e implicación de los trabajadores¹⁷³².

A su vez, en la MBCA puede apreciarse de especial trascendencia en el marco del proceso de fusión la exigencia del “*plan of merger*”¹⁷³³, determinando, con precisión, el contenido que ha de tener. La efectividad de ese precepto cuando la sociedad absorbente o resultante de la fusión esté sujeta a la legislación de un Estado que tenga incorporada aquella norma no es directa, no derivará de su aplicabilidad a la sociedad anónima extranjera, pero sí de su aplicabilidad indirecta vía la exigencia de ciertos requisitos para la eficacia de la fusión misma¹⁷³⁴. Con menor claridad, pero en el mismo sentido se pronuncia la Delaware GCL¹⁷³⁵. Con carácter general, podemos afirmar que la exigencia del “*plan of merger*” redactado por los administradores es común en las leyes de los distintos Estados de la Federación norteamericana¹⁷³⁶.

El procedimiento de fusión transfronteriza de sociedades anónimas está compuesto y ordenado en sucesivas fases¹⁷³⁷. Estas fases, dado el carácter transfronterizo de la fusión, han de atender escrupulosamente a criterios de sincronía y simetría. Es precisamente en la fase preliminar o preparatoria en la que se establecen los elementos de sincronía y simetría precisos, en la medida en que obedecen a la configuración negocial de la fusión, constituyendo además un momento en el que los deberes informativos, y los principios de confianza y buena fe¹⁷³⁸, asumen transcendencia jurídica. Deberes y principios que serán compartidos¹⁷³⁹ con el momento deliberativo y decisorio sobre el proyecto de fusión, que inicia¹⁷⁴⁰ el proceso de fusión en sentido estricto, que está estrictamente reglamentado, admitiendo pluralidad de procedimientos, y cuya observancia es rígidamente exigida por los ordenamientos jurídicos.

La Directiva de Fusiones Transfronterizas establece en su artículo 4.1.b) que una sociedad que participe en una fusión transfronteriza deberá cumplir con las disposiciones y trámites de la legislación nacional a la que esté sujeta, añadiendo, en su apartado 2, que las disposiciones y trámites a que se refiere aquel apartado 1, letra b), incluirán, en particular, los relativos al proceso de toma de decisiones sobre la fusión y, teniendo en cuenta el carácter transfronterizo de la fusión, a la protección de los acreedores¹⁷⁴¹ de las sociedades que se fusionen, de los obligacionistas y tenedores de títulos o acciones, así como de los trabajadores en lo relativo a los derechos distintos a su participación en la sociedad resultante de la fusión¹⁷⁴². Además la citada norma precisa que los Estados miembros

podrán adoptar, respecto de las sociedades participantes en una fusión transfronteriza constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los socios minoritarios, que se hayan pronunciado en contra de la fusión transfronteriza. A su vez la Model Business Corporation Act y, en general, las normas norteamericanas determinan la *lex societatis*, según la “incorporation theorie”. Dicha remisión supone o implica, igualmente, la aplicación de los derechos nacionales respectivos de las sociedades intervinientes en el proceso de fusión en similares términos a los indicados por la Directiva de Fusiones Transfronterizas.

Parece razonable tomar como referencia el procedimiento establecido en la Directiva 2005/56 y en nuestra legislación que la ha incorporado mediante una “remisión general a las normas supletorias de la fusión”¹⁷⁴³, sin dejar de aludir, en lo preciso, a la normativa de la MBCA y demás normativa norteamericana.

Antes de entrar en el desarrollo del proceso de fusión conviene dejar sentado que la regulación de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas resultante de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, ha de interpretarse en plena consistencia, coherencia o no contradicción con el principio de una economía de mercado abierta con libre competencia.

Desde el punto de vista de su aplicabilidad, y sin profundizar en la cuestión de su ámbito subjetivo, la citada Directiva de Fusiones Transfronterizas, en su artículo 4.1.a), se remite a las legislaciones nacionales, de tal manera que “*sólo podrán efectuarse entre tipos de sociedades, que tengan derecho a fusionarse con arreglo a la legislación nacional de los Estados miembros*”¹⁷⁴⁴, que respecto de las sociedades anónimas supone una remisión al artículo 1 de la Directiva 2011/35.

A su vez no debe obviarse aquella Directiva establece, en su artículo 4.1.1.b), que “*las disposiciones legislativas de un Estado miembro que permitan a sus autoridades nacionales oponerse a una fusión interna determinada por motivos de interés público también serán aplicables a una fusión transfronteriza cuando al menos una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación de dicho Estado miembro*”, lo cual no excluye posibles conflictos “*entre normas supletoriamente aplicables*”¹⁷⁴⁵, bien que dicha disposición no se aplique a las fusiones de dimensión comunitaria, dada la precisión “*in fine*” de ese mismo apartado, según el cual “*en la medida en que resulte aplicable el artículo 21 del Reglamento (CE) no 139/2004, no se aplicará la presente disposición*”. No obstante y dada la existencia de una excepción a la excepción¹⁷⁴⁶, es necesario precisar que la imposición de determinadas condiciones u no oposición de un Estado, por motivos de interés público, a una fusión transfronteriza, ha sido recogida en el artículo 58 LME, titulado “*Aplicación de la Normativa Nacional por Razones de Interés Público*”, según el cual “*las normas que permiten al Gobierno español imponer condiciones por razones de interés público a una fusión interna serán también de aplicación a las fusiones transfronterizas en las que, al menos, una de las sociedades que se fusionan esté sujeta a la ley española*”. A su vez, según el artículo 29 (aplicación de legislación sectorial), LME “*serán de aplicación a las fusiones de sociedades mercantiles los requisitos que, en su caso, se exijan en la legislación sectorial*”. Esta última será la vía más frecuente mediante la que se pretendan justificar condicionamientos y oposiciones a

las fusiones¹⁷⁴⁷, así como la aplicación de la legislación en materia de defensa de la competencia, al ser la fusión el paradigma de la concentración económica de empresas¹⁷⁴⁸.

Todo lo anterior supone reconocer como límites a esas facultades de los Estados, el respeto al ejercicio de la libertad o derecho de establecimiento así como a la libre circulación de capitales, no sólo en la medida en que sea aplicable la legislación de la Unión Europea, sino también en cuanto resulte de una interpretación racional o al menos razonable del “principio de una economía de mercado abierta con libre competencia”.

11.1.1 Fase preliminar.

Es lugar común indicar que el proceso de fusión se inicia, en puridad, con la redacción del proyecto común de fusión.

El “proyecto común de fusión” o “plan of merger or consolidation”, “*constituye la primera de las fases del proceso en el orden temporal de los acontecimientos*”¹⁷⁴⁹ relativos a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, según la regulación jurídico positiva en nuestro ordenamiento jurídico. Pero siendo al propio tiempo cierto que la regulación de las fusiones transfronterizas de la Unión Europea no presta “*ninguna atención a los prolegómenos de la fusión*”¹⁷⁵⁰, con independencia, de la indudable relevancia que los mismos puedan tener, y que lo mismo ocurre en la MBCA, ello determina que, a la postre, devenga una situación paradójica, por contraria a la realidad, que puede conllevar consecuencias trascendentes para el proceso¹⁷⁵¹ mismo de fusión, que, como hemos mencionado, se desenvuelve en etapas¹⁷⁵² lógica y cronológicamente ordenadas, sucesivas y de mayor o menor complejidad.

El proyecto o plan común de fusión no surge espontáneamente ni se establece por voluntad unilateral, salvo respecto de sociedades totalmente participadas, como consecuencia de la relación de control y dominio. Por eso se afirma que “*el proyecto de fusión no es el punto de partida de esta operación en cualquier fusión que no sea intragrupo. Para elaborar éste, con toda la información que incluye es necesaria una fase -la más larga y difícil- de negociación previas entre los administradores de las sociedades implicadas*”¹⁷⁵³.

11.1.1.1. Consideraciones generales.

La Directiva de Fusiones Transfronterizas, en consonancia con los ordenamientos nacionales¹⁷⁵⁴, no regula la fase previa o preliminar del procedimiento de fusión, que tiene relevancia y sustantividad contable¹⁷⁵⁵ respondiendo a la idea de que “*en Derecho de modificaciones estructurales, la finalidad de la contabilidad es puramente informativa*”¹⁷⁵⁶. Esto es consecuente con su naturaleza, *latu sensu*, contractual¹⁷⁵⁷. Pero sí insinúa en su Considerando 4, tras afirmar que el proyecto común de fusión transfronteriza debe realizarse en los mismos términos para cada una de las sociedades afectadas en los distintos Estados

miembros, que las sociedades intervinientes mantendrán “*su libertad para ponerse de acuerdo sobre otros elementos del proyecto*”, lo que presupone necesariamente un proceso deliberativo, aunque sea mínimo y de adhesión¹⁷⁵⁸ o negociador y normalmente transaccional¹⁷⁵⁹. Esto lo confirma la norma en su artículo 5 cuando establece que “*los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen concebirán un proyecto común de fusión transfronteriza*”. Todo lo cual no impide poder afirmar la existencia de una armonización relativa vía aplicación de la Directiva 78/855/CEE (derogada por la Directiva 2011/35) que naturalmente afectaba a la fase previa o preliminar de la fusión¹⁷⁶⁰.

Lo mismo ocurre cuando la Directiva 2011/35, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, alude en su artículo 5.1 a que “*los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionen establecerán por escrito un proyecto de fusión*”. Esta pluralidad de órganos y unidad de proyecto abogan por la necesaria deliberación y negociación previa o preliminar a la formulación de un único proyecto.

Nuestro ordenamiento jurídico nacional, mediante la LME, es obediente a esa misma idea, referida a los administradores sociales, en línea con lo que establecía el artículo 235.1 LSA el cual establecía que “*los Administradores de las Sociedades que participen en la fusión habrán de redactar y suscribir un proyecto de fusión*”. Lo mismo sucede en el artículo 263-8.1 de la Propuesta de Código Mercantil (PCM).

Sin perjuicio de lo anterior, al no estar regulada normativamente en los procedimientos de fusión se ha dudado de si esa denominada fase preliminar o preparatoria efectivamente forma parte del mismo¹⁷⁶¹.

11.1.1.2. Tratos preliminares.

Ciertamente la fase preliminar o previa no forma parte de los procesos normados o reglados de fusión¹⁷⁶², pero al estar sustantivamente vinculada al mismo, en cuanto que su finalidad es la conclusión del proyecto de fusión, y que de su éxito depende la realización de la fusión, esto es la modificación estructural de las sociedades anónimas participantes en la misma mediante su integración en una única sociedad, “*postfusión*”¹⁷⁶³, parece que debe considerarse integrada en el proceso de fusión¹⁷⁶⁴. Participando materialmente en su misma naturaleza jurídica¹⁷⁶⁵.

Esa fase previa o preliminar en los negocios de naturaleza contractual dista de ser una peculiaridad o excentricidad del procedimiento de fusión¹⁷⁶⁶. Acorde con la naturaleza contractual de la fusión, el proyecto común de fusión es el “*el resultado final de una negociación entre las partes, por lo que la fase de tratos preliminares tiene una gran importancia*”¹⁷⁶⁷. Esta negociación es trascendente y supone una actuación “*reflexiva, fundada y cuidadosa del proyecto de fusión*”¹⁷⁶⁸, sea programada o no la fusión¹⁷⁶⁹. De esta manera, la fase previa, en cuanto que conducente al proyecto de fusión, constituye parte del “*núcleo*” de la fusión¹⁷⁷⁰.

La fase preliminar en alguna medida “anticipa” los efectos y consecuencias de la fusión¹⁷⁷¹, tanto para los socios de las sociedades que participan en ella, especialmente por el cálculo del tipo de canje, como para los trabajadores (acordándose regulaciones de empleo no obstante la sucesión de empresa, con despidos, o modificaciones en las condiciones de trabajo), así como para los terceros relacionados con las sociedades que se fusionan (acreedores, contratistas y subcontratistas, proveedores, etc.). Su importancia no debe sobrestimarse pero tampoco subestimarse, y en todo caso puede servir como uno de los criterios de diferenciación entre fusiones programadas y no programadas¹⁷⁷².

En el proceso preliminar o preparatorio de la fusión, atendiendo a la realidad de la práctica mercantil, comienza con una fase inicial de carácter unilateral y no negocial, en la que se llevan a cabo investigaciones e indagaciones sobre las sociedades anónimas, candidatas a ser objeto de un proceso de fusión, y normalmente absorbidas, o también, habida cuenta de la evolución del mercado, aquellas indagaciones pueden ir encaminadas a la búsqueda de aquellas otras sociedades con las que, una vez fusionadas, resultará posible o más rentable la explotación del proyecto empresarial (*marieurs d'affaires*).

En toda clase de fusiones, como en general en las demás modificaciones estructurales (etapa preparatoria del “procedimiento de modificación estructural”) se reiteran aquellas actividades, “*cualquiera que sea el motivo último que responda el cambio acometido: expansión, saneamiento, redimensionamiento, diversificación, movilidad, etc.*”¹⁷⁷³, si bien “*en general, la decisión estratégica inicial responde a móviles varios y factores diversos*”¹⁷⁷⁴. Así, “*simplificando, las mencionadas actividades son éstas: primero, una autoevaluación por la sociedad de quien parte la iniciativa estratégica y una valoración del sector productivo en el que actúa; luego, procede la búsqueda de la sociedad con la que se podría entrar en conversación y una vez elegida, se inician los primeros contactos, el intercambio de las primeras informaciones y se traban las negociaciones que pueden conducir a un proyecto de reestructuración societaria, que se someterá a las Juntas de socios*”¹⁷⁷⁵. Hasta ese momento de desarrolla la denominada etapa previa de la fusión.

Como ya hemos mencionado, la modificación estructural por integración que constituye la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, naturalmente supone que “*el proyecto común de fusión transfronteriza debe realizarse en los mismos términos para cada una de las sociedades afectadas en los distintos Estados miembros*” (Considerando 4 de la Directiva 2005/56, relativa a las fusiones de sociedades de capital). A tal objeto, “los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen concebirán un proyecto común de fusión transfronteriza (artículo 5 de la Directiva 2005/56, relativa a las fusiones de sociedades de capital), actuando para ello con más (sociedades anónimas independientes) o menos (intragrupo de sociedades anónimas) libertad.

Como ya hemos mencionado, resulta evidente que la coincidencia en la formulación del Proyecto Común de Fusión de las sociedades parte en un proceso de fusión que exige la Directiva de Fusiones Transfronterizas en su artículo 5 (“*los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen concebirán un proyecto común de fusión transfronteriza*”)no ocurre por mera casualidad, sino que es consecuencia de un proceso

deliberativo y negocial en el que las sociedades anónimas intervinientes actuarán con más (sociedades anónimas independientes) o menos (intragrupos de sociedades anónimas) libertad.

La situación es sensiblemente igual en la MBCA, al indicarse, en su sección 11.01.(b) que: “(1) *“parte de una fusión” (...) significa cualquier corporación nacional o extranjera o entidad idónea que: (1) se fusionará conforme a un Proyecto de Fusión (...)*”¹⁷⁷⁶. A su vez, la ya citada en esta Tesis Sección 11.02 indica que “*“(a) una o más corporaciones mercantiles nacionales pueden fusionarse con una o más corporaciones mercantiles nacionales o extranjeras (...) conforme a un Proyecto de Fusión o dos o más corporaciones mercantiles nacionales o extranjeras pueden fusionarse en una nueva corporación mercantil nacional creada como resultado de la fusión en la manera recogida en este capítulo; (b) una corporación mercantil extranjera (...) puede ser parte de una fusión con una corporación mercantil nacional o puede ser creada por los términos del Proyecto de Fusión, sólo si la fusión está permitida por la corporación mercantil extranjera.* Adicionalmente, la Sección 11.04 MBCA indica que “en el caso de corporación nacional que sea parte de una fusión (...): (a) el Proyecto de Fusión (...) tiene que ser adoptado por el consejo de administración”¹⁷⁷⁷, y la Sección 11.06 confirma que “*tras la adopción del Proyecto de Fusión (...) y su aprobación conforme a lo indicado en esta norma, se suscribirá un documento de fusión (...) en nombre y representación de cada parte de la fusión (...) por un ejecutivo u representante debidamente autorizado*”¹⁷⁷⁸

Igualmente la Delaware General Corporation Law, en su parágrafo 252. Merger or Consolidation of Domestic and Foreign Corporations; Service of Process Upon Surviving or Resulting Corporation, establece que “*cualesquiera corporaciones de este Estado pueden fusionarse en un única corporación que puede ser cualquier de ellas, o pueden consolidarse en una nueva corporación formada por la consolidación, que puede ser una corporación del estado de incorporación de cualquiera de las corporaciones intervinientes, conforme a un acuerdo de fusión o consolidación, según corresponda, cumpliendo y aprobado de conformidad con esta Sección. Adicionalmente, una o más corporaciones existentes conforme a las normas de este Estado pueden fusionarse o consolidarse con una o más corporaciones organizadas bajo las normas de cualquier jurisdicción diferente de una de los Estados Unidos, si las normas bajo las que la otra corporación o corporaciones están organizadas permiten a una corporación de tal jurisdicción fusionarse o consolidarse con una corporación de otra jurisdicción*”¹⁷⁷⁹ (b) Todas las entidades intervinientes suscribirán un acuerdo de fusión o consolidación (...); (c) el acuerdo será adoptado, aprobado, certificado, suscrito y reconocido por cada una de las corporaciones intervinientes de conformidad con las leyes conforme a las que se hubiere constituido y, en el caso de una corporación de Delaware, de la misma manera que se prevé en la Sección 251 de este título”¹⁷⁸⁰.

A título ejemplar puede citarse la New York Business Corporation Law, Sección 902, según el cual “*el consejo de cada corporación proponiendo participar en una fusión o consolidación conforme a la Sección 901 (Facultad de fusionar o consolidar) adoptará un plan de fusión o consolidación (...)*”¹⁷⁸¹.

Se asume como hipótesis que las partes en el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, son las sociedades anónimas, desde el inicio de las gestiones

preparatorias de la fusión hasta la conclusión del proceso de fusión. Por ello ha de afirmarse que para la realización de los actos conducentes a la fusión, habrá de estarse a las competencias que específicamente se atribuyen a cada órgano por la normativa nacional en materia de fusiones aplicable, utilizando como criterio interpretativo la normativa comunitaria en su caso, y subsidiariamente a las competencias atribuídas con carácter general a cada órgano de la sociedad anónima por la legislación nacional aplicable. Al respecto ha de repararse las competencias en torno a la fusión son compartidas¹⁷⁸², entre el órgano administrativo o de dirección y la junta general.

Para las actuaciones conducentes a la fusión transfronteriza en la fase preliminar o previa en la Directiva de Fusiones Transfronterizas, artículo 5, por influencia de la admisibilidad, al menos puntualmente, de los sistemas de administración dualista, se alude a que los “órganos de dirección o administración”, habrán de concebir un proyecto común de fusión, que, en su momento someterán a la consideración de la junta general. La misma alusión a los “órganos de dirección o administración” se contiene en el artículo 5 de la Directiva 2011/35, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas. La LME, se refiere los “administradores”, en sus artículos 30 y 59. En definitiva, se trata de una competencia propia del órgano de gestión y representación societaria. A su vez, dicha “concepción” del proyecto de fusión legitima la intervención de los “órganos de dirección o administración” en las negociaciones previas o preliminares.

La competencia de los administradores para el inicio y desarrollo de la fase previa o preliminar de la fusión es acorde a su condición de órgano con competencia general que les caracteriza¹⁷⁸³, y con la complejidad y diversidad de las operaciones que han de llevarse a cabo. La agravada responsabilidad de los administradores¹⁷⁸⁴, que, al tener un claro carácter indemnizatorio, podría calificarse de civil¹⁷⁸⁵, determina la frecuente utilización de la cláusula de los mejores esfuerzos (best efforts clause)¹⁷⁸⁶.

En las operaciones y actividades a desarrollar en aquella fase por los administradores, u otras personas habilitadas o apoderadas al efecto¹⁷⁸⁷, cabe apreciar, *grossomodo*, una cierta reiteración, sean facultades unilaterales o plurilaterales, unas con proyección meramente interna y otras meramente externa, dependiendo ordinariamente de la dimensión de la sociedad y de si es o no una sociedad cotizada¹⁷⁸⁸. Sin embargo, el procedimiento de fusión no se modeliza o plantea conforme a esquemas teóricos diferentes en función de los parámetros citados anteriormente (dimensión o carácter cotizado o no de las sociedades intervinientes en el proceso de fusión)¹⁷⁸⁹ ni por el hecho de que la iniciativa parta del propio órgano administrativo o de órganos o consejeros delegados del mismo¹⁷⁹⁰, ni por la existencia o no de estudios preliminares encargados a sujetos o entidades especializadas en materias o mercados concretos. Lo que se afirma sin perjuicio de lo dispuesto para el supuesto de administración dual en el artículo 479 de la LSC, para la Sociedad Anónima Europea, con domicilio en España, y de lo que pudiera disponer el reglamento del consejo de administración para aquellas sociedades intervinientes que fueran cotizadas, según disponen los artículos 528 y 529 de la misma norma.

La legitimación del órgano u órganos de administración para iniciar las gestiones y negociaciones dirigidas a una eventual fusión de la sociedad¹⁷⁹¹ plantea, a su vez, la cuestión de la eficacia de las posibles “orientaciones y directrices” de la junta general¹⁷⁹² dirigidas a los administradores para que inicien las correspondientes actuaciones conducentes a la fusión, si aquellas facultades están establecidas en los estatutos¹⁷⁹³.

La iniciación de las negociaciones abre una fase (fase previa) que se cierra con la conclusión del proyecto común de fusión. Tras los primeros contactos, suele desarrollarse conforme a determinados criterios procedimentales. Eso es lo primero que, de ordinario, suele acordarse, sin que ello suponga obligación de llevar a cabo la fusión. La cuestión está en determinar el alcance y la naturaleza de tales acuerdos¹⁷⁹⁴, así como en precisar si quienes los convienen se obligan a proseguir las conversaciones¹⁷⁹⁵, incluso si pueden, en base a los mismos, irse desarrollando acuerdos parciales, expresos o tácitos, y el carácter y alcance obligatorio de los mismos.

Ha de afirmarse que la existencia de conversaciones previas, “tratos preliminares” (vorverhandlungen, trattative), *“pueden consistir en conversaciones o negociaciones pero también en manifestaciones escritas, redacción de proyectos, minutas o borradores. Estas conversaciones, proyectos o minutas no constituyen per se ningún acto jurídico en sentido estricto, pues de ellos no se deriva efectos jurídicos de manera inmediata. No puede decirse que entre la partes se genere una relación jurídica originada por la voluntad de iniciar los tratos o las conversaciones. Sin embargo, tampoco puede decirse que los tratos o conversaciones sean en sí mismos irrelevantes”*¹⁷⁹⁶. Aquella inexistencia de relación jurídica determina que se haya aludido a la idea de la existencia de una relación social o “contrato social”¹⁷⁹⁷.

Las partes tienen libertad de negociar, pero se ha ido extendiendo la idea de reconocer responsabilidades precontractuales, concretamente en eventos que constituyen enriquecimiento sin causa, *misrepresentation*s o representaciones o declaraciones falsas o erróneas, respecto de las promesas específicas hechas en las mismas, entendiéndose que existe un acuerdo para negociar de buena fe¹⁷⁹⁸ que incluirá la exigencia de mantener una conducta coherente o, al menos, no contradictoria.

Durante esa fase, bajo la égida de ese principio de buena fe, debe aludirse a la existencia de deberes de cooperación¹⁷⁹⁹, de lealtad¹⁸⁰⁰, de negociar de buena fe, de suministrar determinadas informaciones veraces, de protección de la información proporcionada, tanto en relación con los negociadores como con los bienes a que se refieran, así como a deberes de confidencialidad o de no dar publicidad, a determinadas cuestiones, que pueden ir desde las conversaciones mismas hasta las informaciones recibidas o transmitidas¹⁸⁰¹.

11.1.1.3. Cartas de intenciones, acuerdos preliminares sin eficacia obligatoria, acuerdos tácitos preliminares y precontratos de fusión.

Las actuaciones iniciales o preliminares posteriormente se concretan y plasman en documentos a los que se les da, atendiendo a las diferentes circunstancias concurrentes (momento en que se redactan, carácter unilateral, bilateral o plurilateral, intensidad del compromiso adquirido o alcanzado, etc.) pluralidad de denominaciones, tales como cartas de intenciones, memorándum de entendimiento, anteproyectos, tratados provisionales y protocolos de integración o fusión¹⁸⁰². Estos documentos tienen muy diversa índole o amplitud y pueden afectar a diferentes sectores o conjuntos de relaciones jurídicas determinadas¹⁸⁰³ (p. e. j., son frecuentes en materia laboral¹⁸⁰⁴).

El término “cartas de intenciones”¹⁸⁰⁵ es muy amplio y no se corresponde con lo que sugiere ese título derivado de una traducción literal de la expresión “letter of intent”, sino que es equivalente a los documentos que se pretende designar con la denominación de “Memorandum of Understanding”, “Principles’ Agreement” o “Heads of Agreement”. Mediante ellas se documenta el propósito y el compromiso consiguiente de iniciar y continuar las negociaciones conducentes a una fusión¹⁸⁰⁶ así como, muy habitualmente, las bases de las actuaciones a llevar a cabo. Si se establecen las bases de las negociaciones, entonces suelen tener carácter bilateral o plurilateral, en cuanto que compartidas por todas las partes participantes en la fase previa del procedimiento fusión. En otro caso mantienen el carácter unilateral, supuesto en el que los términos que ordinariamente se manejan de “oferta”, por quien la emite, y “aceptación”, por aquellos a quienes va dirigida, si bien en absoluto se les atribuyen alcance y eficacia contractual¹⁸⁰⁷.

En esos supuestos es necesario diferenciar entre “tratos preliminares”, “acuerdos preliminares sin eficacia obligatoria”, “acuerdos tácitos preliminares”¹⁸⁰⁸ y “precontratos”. La noción amplia y genérica de tratos preliminares¹⁸⁰⁹ alude a un período que se abre con la iniciación por las partes de negociaciones y se cierran con la conclusión del proyecto común de fusión¹⁸¹⁰. Sin embargo, en el procedimiento de fusión transfronteriza de sociedades anónimas las cosas ocurren de otra manera¹⁸¹¹, debiéndose aludir a un concepto de estricto de tratos preliminares, diferenciándolos de los acuerdos preliminares sin eficacia obligatoria, de los acuerdos tácitos preliminares y de la posibilidad de concluir auténticos precontratos (que “tienen naturaleza obligacional”¹⁸¹²). Esa noción estricta de tratos preliminares únicamente admite una delimitación negativa, de indudable trascendencia jurídica, tal manera que tendrán la condición de tratos preliminares aquellas conversaciones, documentadas o no, que no aparezcan o se muestren como “acuerdos tácitos preliminares” o “precontratos”. En todos los casos hay “huida del compromiso”, pero ese escape puede graduarse, precisamente en esa categorización, que va de más a menos.

Mediante los “acuerdos preliminares”, las partes “*desean evitar algunas de las incertidumbres que el régimen jurídico-legal de las negociaciones lleva consigo, aunque sin tratar de alcanzar inmediatamente las consecuencias, los efectos o el régimen jurídico de un acuerdo que se considere ya ultimado. Los llamados acuerdos preliminares son de muy diferentes tipos y, entre ellos, aparecen con*

*frecuencia las cartas de intenciones en las cuales las partes se ponen de acuerdo exclusivamente sobre determinados puntos de una negociación que queda abierta*¹⁸¹³. En los supuestos más caracterizados de “contractualización” de los tratos preliminares y, desde luego, en los supuestos en los que los acuerdos alcanzados se puedan calificar de precontratos, la incorporación al mismo de “manifestaciones y garantías” (“representations and warranties”) constituye un mecanismo adecuado para la salvaguarda de los intereses de todas o de algunas de las sociedades anónimas intervinientes en el proceso de fusión¹⁸¹⁴.

Cuando la propuesta contenida en la carta de intenciones es compartida por aquellos a los que va dirigida o se bilateraliza, se produce una relativa “contractualización” de las negociaciones preliminares. Entonces se suele hacer referencia a memorandos de entendimiento (Memorandum of Understanding) o protocolos de fusión, sin que las partes que los suscriben incurran en ningún tipo de vinculación acerca del logro de la fusión, ni se adquieran compromisos sustantivos por su conformidad, pudiendo llegarse al mismo mediante un sistema de adhesión.

La máxima “huida del compromiso”¹⁸¹⁵ es el aspecto más relevante de los tratos preliminares, que se manifiesta, cuando están documentados, mediante la inclusión de expresas declaraciones conteniendo cautelas sobre su carácter no vinculante en “acumulación abigarrada”¹⁸¹⁶. Pero su efecto es paradójico, pues esas “huidas del compromiso” al propio tiempo llaman a la adopción de precauciones frente al crecimiento de los riesgos que conllevan, estableciéndose precisas cláusulas de responsabilidad por culpa en el supuesto ruptura injustificada de las negociaciones (break-up fees) y para otros supuestos mediante cláusulas penales¹⁸¹⁷, pudiéndose incurrir, incluso sin la necesidad de la presencia de tales cláusulas, ni estarse ante “precontratos” o “contratos preparatorios”¹⁸¹⁸, en responsabilidad por culpa “in contrahendo”¹⁸¹⁹ (Vertrauenshaftung o responsabilidad basada en la confianza). Estos documentos donde se plasma o puede plasmar la existencia y bases de las negociaciones también se utilizan para la concreción de los citados institutos (de acusado perfil contractual¹⁸²⁰) y concretan la relativa indeterminación de la existencia o contenido de las negociaciones, operando como elemento de prueba preconstituido¹⁸²¹.

Los “acuerdos tácitos preliminares”, por oposición a los acuerdos expresos, surgen durante y a lo largo de los tratos preliminares. No se trata de que se encuentren verbalizados y no documentados, sino de que no tienen manifestación explícita, sino que se deducen o infieren del curso de las negociaciones. Tampoco se trata de pactos de naturaleza contractual que estén sometidos a la condición suspensiva de su documentación, pues en esta fase del procedimiento de fusión no existen contratos, sino acuerdos o convenios que no tienen la eficacia propia y característica de los contratos, sino los propios de esa etapa anterior o previa a la conclusión de los negocios contractuales¹⁸²². Finalmente ha de precisarse que normalmente no constituirán acuerdos que afloren en el momento en que se lleguen a concluir auténticos precontratos, pues en tales supuestos pasarán a formar parte de los precontratos directamente o vía criterios de interpretación de los mismos.

A las cartas de intenciones se les atribuye una función de impulso del proceso negociador “*creando la ocasión para que puedan producirse los consentimientos sucesivos*”¹⁸²³, por ello adquiere la condición de elemento necesario en un proceso negociador cuando se van adquiriendo compromisos, no sustantivos pero sí procedimentales¹⁸²⁴, y justificando gastos y costes, siempre relevantes e incluso en ocasiones cuantiosos, encaminados al logro del resultado final de realización de la fusión¹⁸²⁵. De entre aquellas denominaciones de los documentos que suelen aparecer en la fase previa de la fusión, una de ellas manifiesta una singular problemática, en parte común a los demás documentos antes aludidos, y en parte específica. Se trata de los denominados “protocolos de fusión”, que tiende a confundirse semánticamente con el “proyecto de fusión”¹⁸²⁶, y se suelen articular mediante el recurso a la sucesión de acuerdos, que sectorialmente van definiendo los términos de la futura fusión. No obstante, no debe dejar de recordarse que en la medida en que las actuaciones se desarrollan en la fase preparatoria del proyecto de fusión, aunque sea mediante la articulación de una pluralidad de contratos sucesivos, “*en puridad, sólo hay negociaciones, que pueden culminar o no en un proyecto de fusión*”¹⁸²⁷.

Pero la cuestión es compleja, ya que en la medida en que las “cartas de intenciones”, en general, y los “protocolos de fusión”, en particular, bosquejen o delineen el negocio de fusión que la partes están negociando, su incumplimiento puede generar una supuesta responsabilidad precontractual que “*tiene claramente carácter contractual*”¹⁸²⁸ (lo cual puede parecer contradicción), sin que mediante semejante afirmación se incida en contradicción, debiendo integrarse su contenido conforme al principio de la buena fe¹⁸²⁹. En ese caso, pueden calificarse no de meros tratos o conversaciones preliminares, sino que llevan el programa negocial mas allá de los tratos preliminares¹⁸³⁰ y pueden calificarse de auténticos precontratos¹⁸³¹. Efectivamente, con precisión jurisprudencial¹⁸³² puede afirmarse que el llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o “pactum de contrahendo” bilateral tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior, cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de ambas partes contratantes¹⁸³³.

Los “protocolos de fusión”, siquiera sectorialmente, suponen “el final de los tratos preliminares” y no una fase de ellos. En ellos las partes tratan de configurar esos elementos esenciales del contrato, que no existen jurídicamente hasta ese momento y que sin ellos no sólo no sería posible cumplimentar de forma obligatoria lo que todavía no existe, sino que permitiría a los interesados alegar culpa “*in contrahendo*”¹⁸³⁴. Culpa “*in contrahendo*” que se podrá exigir no sólo por la abrupta e injustificada ruptura de la fase prenegocial sino también si cualquiera de las partes se comportan de manera reprobable y perjudicial para cualquiera de las otras partes durante dicho proceso, con independencia de que aquél proyecto común de fusión llegue efectivamente a concluirse,¹⁸³⁵.

No obsta a la calificación de precontrato del “protocolo de fusión”, que en el mismo no “*hayan quedado determinados los elementos instrumentales o complementarios del mismo*,”

cuando es perfectamente posible hacerlo en un momento posterior”¹⁸³⁶. En el caso en que sí hayan quedado determinados tales elementos, el protocolo de fusión puede calificarse como precontrato (que “*es él mismo un contrato*”¹⁸³⁷) y dicho protocolo de fusión produciría “*efectos prodrómicos*” o “*preeficacia*” (Vorwirkung)¹⁸³⁸ en relación con el proyecto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Además, dada la complejidad y extensión habitual del contenido de las conversaciones o tratos preliminares, en su desarrollo se van generando obligaciones que no se recogen expresamente en el contenido tipificado del proyecto común de fusión, pero que, una vez concluido éste, si se desatienden darán lugar a responsabilidad por culpa post contrahendum¹⁸³⁹. En la medida que sea aplicable nuestro ordenamiento jurídico a la fusión transfronteriza, parece que debería acudirse a la doctrina jurisprudencial según la cual el precontrato¹⁸⁴⁰, cuando las partes, en ejercicio de su potencialidad normativa creadora, lo conciben como una de las fases de un “iter” contractual¹⁸⁴¹ complejo o, más concretamente, como el final de la etapa preliminar o primera de las etapas de un contrato de formación sucesiva, debe contener las especificaciones necesarias para la puesta en vigor, en la segunda fase o etapa, de la relación contractual proyectada¹⁸⁴². Lo cual no puede confundirse con formación progresiva o sucesiva del “proyecto de fusión” no obstante la complejidad que normalmente envuelve¹⁸⁴³. Sin embargo, no debe dejar de señalarse que cualesquiera omisiones bastan para negar la completitud del precontrato concebido en el “protocolo de fusión”¹⁸⁴⁴.

No obstante lo indicado acerca de la clasificación en la fase preliminar del proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, entre “tratos preliminares”, “acuerdos preliminares sin eficacia obligatoria”, “acuerdos tácitos preliminares” y “precontratos”, que tiene un indudable arraigo en nuestra cultura jurídica, parece más conveniente establecer o al menos aludir otro criterio de una diferenciación, no menos matizado, pero sí más universal, se trata distinguir entre “acuerdos preliminares que tienen por objeto únicamente la negociación” y “acuerdos preliminares con términos abiertos”¹⁸⁴⁵.

Los primeros, esto es los “acuerdos preliminares que tienen por objeto únicamente la negociación”, suponen las que las partes no se vinculan sobre el fondo sino que solamente lo hace sobre el proceso o la intención de negociar. Ese acuerdo preliminar, documentado mediante una carta de intenciones, está sujeto a la suscripción de otro documento posterior, de cierre o de finalización de las negociaciones preliminares, teniendo únicamente la función de ir fijando en cada momento, el estado al que han llegado las negociaciones, de modo que los desarrollos posteriores quedan imprejuizados. Normalmente las auditorías contables, financieras, comerciales y de otros tipos, así como *due diligences*, se consideran condiciones implícitas, de tal manera que, a la vista de esa documentación, las partes se consideran en libertad para no concluir el cierre de las negociaciones¹⁸⁴⁶. En su caso, ante la ruptura no justificada de las negociaciones, podría acudirse a la categoría de Derecho europeo de “*responsabilidad precontractual por desistimiento injustificado de las negociaciones*”¹⁸⁴⁷.

Los segundos, esto es los “acuerdos preliminares con términos abiertos”, implican que las partes, de común acuerdo, fijan ya algunos de los términos, con mayor o menor precisión, en que habrá de ser redactado el futuro proyecto común de fusión. Continuando las negociaciones sobre los demás temas de la fusión, al menos hasta completar aquellos que han de incluirse, en su momento, en el proyecto común de fusión. Materias y aspectos de la fusión que, de esta manera, se difieren a nuevos acuerdos abiertos a la negociación. En estos supuestos se agrava la responsabilidad en comparación con la deducible en relación con los “acuerdos preliminares que tienen por objeto únicamente la negociación”, en la medida en que los acuerdos que sucesivamente se vayan alcanzando, deben incluirse en el acuerdo de cierre o final¹⁸⁴⁸.

Es decir, cualquier de las partes puede incidir en responsabilidad si el fracaso de redactar el proyecto común de fusión se produce como consecuencia de la obligación de negociar, pero si la negociación continúa y la redacción del proyecto común de fusión no se produce, las partes en la negociación ya habían quedado vinculadas con los acuerdos que habían quedado “cerrados” o materias concretas sobre las que ya existía acuerdo. Esto implica que, ante la imposibilidad de ejecución específica, pueden surgir obligaciones indemnizatorias¹⁸⁴⁹. Responsabilidad que se suma la anteriormente referida respecto de los “acuerdos preliminares que tienen por objeto únicamente la negociación”, como las partes ya han quedado vinculadas por los acuerdos que se han ido adoptando, si no se llega a la redacción del proyecto común de fusión, con inclusión de los mismos, las partes perjudicadas podrán reclamar las indemnizaciones pertinentes.

En todo caso, debe atenderse, cualquiera que sea el criterio clasificatorio de los tratos, acuerdos preliminares y precontratos antes enunciados, a los deberes inherentes a la fase preliminar y, consecuentemente, a la posible exigibilidad del cumplimiento de los mismos, a las justificaciones para su posible incumplimiento, e, incluso a la potencial capacidad de sustitución e integración de los Tribunales. Asimismo, es preciso aludir al daño resarcible en caso de incumplimiento de los deberes inherentes a la fase preliminar, y a la ruptura injustificada o abrupta de las negociaciones, que comprende el interés negativo o también el lucro cesante, por pérdida de una mejor ocasión para contratar, en su caso¹⁸⁵⁰. Finalmente y sin perjuicio de lo anterior también ha de considerarse la posibilidad legalmente reconocida o pactada de modificación de los acuerdos previos de fusión a los que se hubiere llegado, así como a la posibilidad del desistimiento unilateral de los mismos.

11.1.1.3.1. El principio general de actuación de buena fe (fair dealing) durante los tratos preliminares en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas y los deberes inherentes a la fase preliminar. Deberes de información, deberes de colaboración, deberes de confidencialidad, deberes de protección y deber de comportamiento coherente o de no ir contra los propios actos.

La tradición de la cultura jurídica occidental impone el deber de adecuarse a los parámetros fijados por el principio general de buena fe, que se entiende, de forma general, como el deber que obliga a obrar de manera leal y correcta, sin perjuicio de la libertad contractual por la cual las partes pueden llegar o no a concluir las negociaciones y redactar el proyecto común de fusión¹⁸⁵¹. En términos generales puede afirmarse que *“la apelación del Derecho a la buena fe -tanto en el ámbito del Derecho privado como del público, del interno como del internacional, del sustantivo como del procesal- tiene su razón básica, histórica y actual, en el deseo de conjurar los peligros de una concepción excesivamente formalista, legalista y positivista del ordenamiento jurídico”*¹⁸⁵².

11.1.1.3.2. El deber de actuación de buena fe durante la etapa preliminar o previa en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

Durante las conversaciones o tratos preliminares las partes están obligadas a comportarse con la buena fe necesaria y a observar la lealtad necesaria exigible conforme al principio de buena fe¹⁸⁵³.

Se afirma que la “bona fides” y la “exceptio doli” romanos se convirtieron en la fórmula “Treu and Glauben” o “el mandato de justificar en cualquier situación la confianza del otro en que quedarán salvo la fidelidad y la rectitud” de los civilistas modernos¹⁸⁵⁴. Efectivamente, *“la valoración de la declaración de voluntad se ha enfocado de manera más realista cuando, en conexión o no con el criterio de la confianza (“Vertrauensprinzip”), se ha destacado la importancia que para ella tiene el principio de buena fe. Entonces, no se atiende sólo a la confianza que haya originado la declaración en quien la reciba, sino que se valora la conducta de todos los que, participando en él, dan lugar al negocio”*¹⁸⁵⁵. De modo que el principio de buena fe se considera como un auténtico principio jurídico de innegable raigambre moral¹⁸⁵⁶. *“El componente ético-jurídico está en primer plano en el principio de buena fe. Dicho principio consagra que una confianza despertada de un modo imputable debe ser mantenida cuando efectivamente se ha creído en ella. La suscitación de la confianza es “imputable” cuando el que la suscita sabía o tenía que saber que el otro iba a confiar”*¹⁸⁵⁷.

Durante los tratos preliminares es exigible a las partes que actúen conforme a la buena fe, pues la buena fe in contrahendo tiene el mismo contenido que se exige para los contratos. Consiguientemente, la responsabilidad derivada de la desatención a los deberes derivados de un comportamiento no ajustado al principio de buena fe no se basa en la violación del genérico deber *alterum non laedere*, sino del quebrantamiento de la lealtad y confianza que las partes se deben recíprocamente por el hecho mismo de participar en las

conversaciones y tratos encaminados al logro del proyecto común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas¹⁸⁵⁸. Así se incurrirá en responsabilidad si no se informa a la sociedad absorbente de la existencia de una deuda in statu nascendi, cuando no se hace nada para informar de la inminencia de la misma, cuando ésta no pueda deducirse de los estados financieros¹⁸⁵⁹.

La generalidad de los ordenamientos jurídicos, con la matizada posición de los sistemas anglosajones¹⁸⁶⁰ (donde opera el principio, típicamente inglés, del *caveat emptor*), exigen la concurrencia de la buena fe en los tratos preliminares.

*“En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe”*¹⁸⁶¹. En la fase preliminar de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, ha de aplicarse el criterio general según el cual *“la nota central del concepto de dolo aplicada al momento de la formación de la voluntad contractual (dolo incontrabendo) es la insidia. La insidia consiste en una acechanza o un artificio empleado con el fin de producir en otra persona un engaño”*¹⁸⁶².

El dolo¹⁸⁶³ y los abusos de posición¹⁸⁶⁴ se contraponen a la buena fe (*fair dealing*)¹⁸⁶⁵, debiendo considerarse que las manifestaciones del dolo mantienen una estrecha correlación con las infracciones que impone el deber de buena fe¹⁸⁶⁶, operando como la “otra cara del espejo”, estando ciertamente emparentado con el error¹⁸⁶⁷, la reticencia, el silencio, la *misrepresentation* y otros supuestos de dolo impropio¹⁸⁶⁸. Diferenciando entre norma de validez y norma de responsabilidad, el dolo-vicio no se limita a los efectos legales del vicio del consentimiento, sino que, como acto ilícito, genera responsabilidad¹⁸⁶⁹.

En el ámbito precontractual interesa sobremanera la generación de responsabilidad y no la determinación de la nulidad que únicamente afecta la esfera contractual, por más que en éste último ámbito actúen cumulativamente y como remedios paralelos y autónomos¹⁸⁷⁰, pero no en el ámbito precontractual. El dolo vicio *“implica necesariamente la existencia de un ilícito precontractual (la maquinación insidiosa)”*¹⁸⁷¹ y consiguientemente origina responsabilidad civil. No obstante ello a que el dolo precontractual no cumpla todos los requisitos necesarios para subsumirlo en la norma de validez¹⁸⁷². Esto es, *“la parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra. En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo”*¹⁸⁷³.

El dolo determinante de responsabilidad en los tratos preliminares de la etapa preliminar no ha de ser grave. Esta característica se corresponde solamente con el dolo vicio que determina a la nulidad del contrato¹⁸⁷⁴, aquí inexistente por hipótesis y a salvo de lo que se dirá acerca de lo precontratos que pueden surgir en la etapa preliminar o resultar de los “acuerdos con términos abiertos” en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas. Pudiéndose aludir a la concurrencia de la “exceptio doli generalis”¹⁸⁷⁵. El dolo como ilícito precontractual culpable es bastante para causar un daño, reuniéndose entonces todos los requisitos precisos para que se genere la pertinente responsabilidad civil¹⁸⁷⁶. Esta responsabilidad precontractual derivada del dolo vicio sirve además para fundamentar la

crítica a la separación entre norma de validez y norma de responsabilidad ya en el ámbito contractual¹⁸⁷⁷. Bien que con ello no se quiere decir que la *culpa in contrahendo* se base solamente en el dolo, pues a efectos de la acción de responsabilidad precontractual basta la culpa del causante del daño, sin que sea preciso constatar la existencia de un comportamiento doloso, bastando con el error inducido por negligencia a la contraparte¹⁸⁷⁸. La indebida utilización de bienes de otras sociedades anónimas participantes en esta etapa preliminar de la fusión, especialmente referidos a la propiedad industrial y la reputación empresarial, son susceptibles de causar daños debidos a actuaciones dolosas (*condictio sine causa generalis*¹⁸⁷⁹, o de “abuso de circunstancias”¹⁸⁸⁰), colocándose en el límite, en cruce o en confusión con el enriquecimiento injustificado¹⁸⁸¹, especialmente enriquecimientos negativos.

En esta etapa de tratos preliminares de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, la diferenciación entre dolo causante y dolo incidental carece, en principio, de transcendencia práctica, lo que no significa que no la asuma en otros estados o momentos precontractuales, en los que sí hay contratos, por más que no sean definitivos en el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, y sin que semejante afirmación sea contradictoria como ya se indicó. Lo que no conlleva que en esta etapa no adquiera relevancia la “culpa de la víctima” o el “dolo de todas las partes”¹⁸⁸², que se mantiene también en toda la fase precontractual, aunque solamente con respecto a la acción de responsabilidad no de validez, reparadora o de cumplimiento, al no tener sentido en fase precontractual del proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, pero con consecuencias semejantes respecto de los supuestos de concurso de responsabilidades, pudiéndose compensar recíprocamente¹⁸⁸³. Un supuesto singular de “*dolo in contrahendo*” se producirá cuando en las fusiones intragrupo o impropias transfronterizas de sociedades anónimas, la sociedad absorbente o la sociedad matriz ejerza una influencia indebida en la sociedad dependiente, absorbida o filial para la creación de la nueva sociedad, o una explotación de aquella filial como parte especialmente vulnerable, obteniéndose ventajas desproporcionadas o excesivas¹⁸⁸⁴.

El comportamiento conforme al principio de la buena fe es un estándar inherente a esta fase de tratos preliminares, en toda su extensión. Es decir, incluyendo los tratos preliminares en sentido estricto, los posibles precontratos concluidos en esta fase y los acuerdos preliminares con términos abiertos. Aquel estándar de conducta, que ha de observarse durante la fase de los tratos preliminares no obstante “*varía, en función de la naturaleza del contrato que se pretende concluir y de la cualificación profesional de quienes participan en aquellos*”¹⁸⁸⁵, por ello resulta especialmente exigente cuando se trata de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

La exigencia de la actuación de buena fe constituye un estándar de comportamiento obligatorio exigible en el tráfico internacional¹⁸⁸⁶, según precisan los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts), en su artículo 1.7(1) y (2) (Buena fe y lealtad negocial), según el cual “*las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional*” y “*las partes no pueden excluir ni limitar este*

deber”, exigible no solamente a lo largo de la vida del negocio contractual, sino también durante el proceso de su formación. Según establece el artículo 2.1.15 de los mismos Principios UNIDROIT, titulado “Negociaciones de mala fe”, resulta que si bien “*las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo*”.

El deber de negociar de buena fe¹⁸⁸⁷, se impone dando origen a la pertinente responsabilidad, en caso de desatención al mismo, según indican los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, bajo la presidencia del Prof. Ole Lando¹⁸⁸⁸. De tal manera que “*retener unas negociaciones artificialmente, de modo que estas se rompen posteriormente sin una causa justificada, y cuando la otra parte tenía fundada confianza en que el contrato se celebraría, es infringir la buena fe precontractual*”¹⁸⁸⁹. La jurisprudencia arbitral internacional reconoce el deber de buena fe en los tratos negociales, “*cuya violación se sanciona de varias maneras: paralización de las negociaciones, resarcimiento, activación de las cláusulas penales, etc. (...) la jurisprudencia arbitral suele reconocer las siguientes obligaciones a observar durante la etapa precontractual, derivadas del principio de que las partes deben comportarse de acuerdo con la buena fe en las negociaciones: 1. Obligación de información recíproca; 2. Obligación de no romper las negociaciones sin justa causa. Retener unas negociaciones artificialmente, de modo que estas se rompen posteriormente sin una causa justificada, y cuando la otra parte tenía fundada confianza en que el contrato se celebraría, es infringir la buena fe precontractual*”¹⁸⁹⁰.

Abundan en la importancia de la actuación de buena fe en las negociaciones preliminares los “*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*”¹⁸⁹¹, deudores de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos¹⁸⁹², que la conciben en sentido objetivo como un estándar de conducta caracterizado por la honestidad, la apertura y consideración a los intereses de la otra parte en la relación jurídica en cuestión, vinculada a la a la seguridad jurídica contractual, y en sentido subjetivo como una actitud mental caracterizada por la honestidad y la falta de conocimiento de que una situación es meramente aparente y no se corresponde con que es real y verdadera¹⁸⁹³, y por ello siendo especialmente contrarias a la buena las conductas inconsistentes o no razonables, exigiéndose también en la fase precontractual, en su artículo II. - 3:301, “*Negotiations contrary to good faith and fair dealing*”¹⁸⁹⁴.

Efectivamente, la afirmación que se hace en aquellos Principios respecto de la libertad de negociar y de que nadie es responsable por no haber llegado a un acuerdo, no impiden la rotunda exigencia de que en las negociaciones precontractuales las partes tengan el deber general de actuar de conformidad con la buena fe. Principio que se declara de naturaleza imperativa, de tal manera que en el curso de las negociaciones las partes tienen el deber de negociar de acuerdo con la buena fe y lealtad, incluso en las obligaciones condicionales¹⁸⁹⁵. Deber que no puede ser excluido o limitado por las partes. Quien viola

ese deber es responsable por cualquier pérdida (*any loss*) causada a la otra parte derivada de la violación del deber general de actuar conforme a la buena fe y lealtad. Precisándose que es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, iniciar o continuar negociaciones sin la real intención de llegar a un acuerdo con la otra parte, así como la falta de información o información insuficiente suministrada por una de las partes a la otra¹⁸⁹⁶. Asimismo los *Principes directeurs du droit européen du contrat* de la Association Henri Capitant and the *Société de législation comparée publique*¹⁸⁹⁷, se alude a la buena fe mediante el recurso a los deberes de lealtad se utiliza el término “lealtad” (“loyalty” “loyauté”), que supone el deber de actuar conforme al estándar de buena fe en las negociaciones previas proscribiendo actuaciones contradictorias con anteriores declaraciones o conductas.

Criterio semejante se advierte en la legislación española en preparación, así el artículo 1245 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos, elaborada y presentada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, en 2009, establece lo siguiente: “1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento. 2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe. 3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse. 4. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra. En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo. 5. La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones”.

Igualmente los artículos 412-1 y 421-2 de la Propuesta de Código Mercantil (PCM), referentes al “deber de confidencialidad”, establecen lo siguiente: “Artículo 412-1. Deber de confidencialidad. Cada una de las partes deberá mantener confidencialidad sobre la información reservada que reciba de la otra en el curso de las negociaciones. La parte que infrinja el deber de confidencialidad responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber”; “Artículo 412-2. Responsabilidad por los daños causados en la fase preparatoria del contrato. 1. La parte que hubiera negociado o interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte. En todo caso, se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo. 2. En el caso de que se hubieran entablado negociaciones para la celebración de un contrato mercantil, ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad por el solo hecho de que no se consiga un acuerdo definitivo”.

La buena fe, norma y principio jurídico cuyo concepto es uno de los “*más difíciles de aprehender dentro del Derecho civil*”¹⁸⁹⁸, en sí misma considerada¹⁸⁹⁹ “*es un modelo o un arquetipo de conducta social, hay una norma jurídica que impone a la persona el deber de comportarse de buena fe en el tráfico jurídico*”, tanto en su dimensión limitativa o prohibitiva como positiva¹⁹⁰⁰, y exige alteridad¹⁹⁰¹.

El deber de la observancia del principio de la buena fe para la etapa preliminar o previa contractual tiene especial arraigo en los derechos continentales y, con importantes matices, en los anglosajones¹⁹⁰². La buena fe impone deberes de conducta, que aun cuando suelen formularse de manera independiente y a los que se le suele atribuir sustantividad propia no son sino derivaciones del principio de buena fe¹⁹⁰³, y por eso tienen una sólida presencia en la fase preliminar contractual¹⁹⁰⁴, siendo su enumeración meramente enunciativa. Los principios directivos del Derecho Europeo de los contratos establecen que “cada parte está obligada a actuar conforme a los requerimientos de la buena fe, desde la negociación hasta la completa ejecución del contrato”¹⁹⁰⁵. Efectivamente, “en la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe”, y la parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra”¹⁹⁰⁶.

11.1.1.3.3 El deber de negociar de las sociedades anónimas que han iniciado un proceso de fusión transfronteriza.

Se admite generalmente que las partes tienen libertad para negociar y que no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. Así, se llega a afirmar que “*las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento*”, pero se establece un límite en las exigencias derivadas de la buena fe, de tal manera que a la parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones se le hace responsable de los daños causados a la otra”¹⁹⁰⁷.

Como indican los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR),¹⁹⁰⁸ una persona es libre de negociar y no es responsable por no alcanzar un acuerdo, pero quien ha comenzado una negociación está obligado a negociar de buena fe y no romper las negociaciones contrariando la buena fe, siendo particularmente contrario a la buena fe iniciar o continuar una negociación sin la intención de alcanzar un acuerdo. Esto es, conforme precisan Principios UNIDROIT,¹⁹⁰⁹ las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo, pero si la parte que negocia interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. En el mismo sentido se pronuncian los Principios de Derecho Europeo de los Contratos que afirman la libertad contractual pero advierten que la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte¹⁹¹⁰.

De aquellas afirmaciones puede inferirse el nacimiento de un deber de negociar para aquella sociedad anónima que se ha involucrado en un proceso de fusión transfronteriza. La cuestión no se plantea en el caso de las fusiones impropias o intragrupo, por más que no en ellas no siempre ni necesariamente deje de existir una etapa preliminar. Pero cuando se trata de sociedades anónimas independientes la cuestión no es baladí y se

plantea en toda su extensión en los supuestos de ruptura injustificada de las negociaciones, porque es entonces cuando ha de repararse en que aquella circunstancia, especialmente tratada por la normativa atinente al caso, que presupone la existencia de un deber de negociar y de hacerlo lealmente.

Bien entendido que ese deber de negociar en absoluto antecede a la voluntaria participación de la sociedad anónima en la fase preliminar de un proceso de fusión transfronteriza, ni da origen a un derecho de la(s) contrapartes(s) a exigir el cumplimiento de ese deber, no asumiendo el carácter de deber-derecho, sino que solamente a partir de un determinado momento, su incumplimiento puede provocar consecuencias reparadoras.

Durante los tratos preliminares, en puridad, no se genera una “genuina relación jurídica”¹⁹¹¹ o surge una relación jurídica no negocial¹⁹¹². Esta circunstancia es consecuente con falta de existencia de norma alguna que imponga el deber de negociar en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, como sucede en otros ámbitos¹⁹¹³, por lo que no es “relativamente prestacional”¹⁹¹⁴, ni tal deber puede pretenderse existente fuera del marco negociador voluntariamente constituido¹⁹¹⁵, en aras del principio general de buena fe.

11.1.1.3.4. La vigencia de los deberes de información, colaboración, confidencialidad, deberes de protección y de comportamiento coherente o de no ir contra los propios actos, durante la fase preliminar de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas

En relación con el deber de negociar de buena fe (*fair dealing*) y los deberes de información¹⁹¹⁶, se precisa que aquella información que sea facilitada debe ser exacta¹⁹¹⁷ y veraz¹⁹¹⁸ y no conducir al error¹⁹¹⁹, “e incluso que las partes no omiten nada que puede crear malos entendidos”¹⁹²⁰.

Los deberes precontractuales de información, como regla general, deben cubrir las expectativas razonables del destinatario de la misma en las relaciones entre sociedades anónimas, en cuanto que empresarios o profesionales, cuando la provisión de información se corresponde con la buena práctica comercial¹⁹²¹, lo que ocurre en el ámbito de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. La falta a los deberes informativos afecta al período preliminar, permitiendo a la parte perjudicada separarse de las mismas sin más consideraciones¹⁹²², pudiendo proyectarse sobre las etapas posteriores igual que las declaraciones, manifestaciones o afirmaciones precontractuales¹⁹²³.

Es cierto que corresponde a cada parte el deber de buscar información autoinformándose en la medida precisa, pero también lo es que cada parte debe cooperar con sus respectivas contrapartes dando respuesta concreta a las peticiones expresas de información que se le pudieren formular. Más allá de esos deberes existe una cierta indeterminación o confusión¹⁹²⁴. Este deber es una manifestación del deber de colaboración que mejora la seguridad jurídica¹⁹²⁵, de tal manera que “cada una de las partes debe cooperar con la

*otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última*¹⁹²⁶ o *“cada parte debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de sus obligaciones”*¹⁹²⁷ (cooperación vs. antagonismo).

Los deberes colaborativos adquieren un innegable protagonismo en el ámbito de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, delimitando, configurando y modulando el deber de información. La “Due Diligence”, que no es sino *“un proceso de investigación necesario antes de contraer o llevar cabo cualquier compromiso o inversión financiera de importancia”*¹⁹²⁸, alude en definitiva a la búsqueda de información que se corresponde con el deber de facilitarla y que incumbe a los participante en el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, tan pronto como se inician las negociaciones. Se trata de una práctica ampliamente aceptada, cuyo origen se encuentra en la sección 11(b)(3) de la Securities Act de 1933¹⁹²⁹, y alude a la información que se adquiere mediante los documentos. La Due Diligence es una práctica estandarizada y ampliamente extendida en el tráfico internacional¹⁹³⁰ y su principal objetivo es contribuir a la adecuada valoración de los riesgos de la operación de fusión. Este ejercicio de investigación y su deber no se confunde ni limita los deberes informativos y en su ejecución tienen un innegable protagonismo los deberes de colaboración.

En el ámbito de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, la “Due Diligence” es el medio adecuado¹⁹³¹ para poder valorar los riesgos políticos asociados a los países de los que sean nacionales las sociedades que pretenden fusionarse, el entorno que rodea a tales entidades y, además, sirve para enjuiciar la situación patrimonial de la(s) sociedad(es) candidata(s) a la fusión mediante el análisis de sus estados financieros. Además, sirve para eliminar las incertidumbres que pudieran existir acerca de si sus activos están libres de cargas y gravámenes, si tienen realmente el valor que se les atribuye, si existen pasivos que pudieran manifestarse en el futuro, o si su posible utilización pudiera afectar negativamente a la concentración que supone la fusión. El conocimiento de los riesgos económicos, financieros y monetarios, comerciales o de mercado, legales y gubernamentales, de infraestructuras, geográficos, fiscales y laborales son especialmente importantes¹⁹³² en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, dada la diversidad de legislaciones concurrentes¹⁹³³. En las operaciones de fusión transfronteriza es significativo el riesgo asociado al personal clave, así como a los trabajadores que se han de asumir en virtud de la transmisión o sucesión laboral de empresa, a las cargas sociales y a los planes y fondos de pensiones, en su caso existentes, y los procesos de “due diligence” legal¹⁹³⁴ y específicamente laboral, contribuyen.

El momento adecuado para efectuar la Due Diligence debería ser al comienzo de la etapa preliminar, y más concretamente al momento subsiguiente inmediato al comienzo de los tratos preliminares. Sin embargo, normalmente no comienza a llevarse a efecto hasta que las partes concluyen “acuerdos preliminares que tienen por objeto únicamente la negociación”, entre los que precisamente se acuerda la realización de la due diligence, (que terminará mediante la emisión de un informe -report-¹⁹³⁵) y se establece un “marco seguro” para el suministro de información mediante la asunción de obligaciones de confidencialidad

(normalmente mediante la firma de un acuerdo de confidencialidad ad hoc –*non-disclosure agreement*– que cubrirá o protegerá el intercambio de información durante todo el proceso, no solo en la fase de tratos preliminares). El suministro de información crea una cierta tensión dialéctica entre el máximo y el mínimo de datos a proporcionar, lo que demanda un clima de confianza en la negociación y actitud con altos niveles de racionalidad (profesionalidad), de ahí que se aluda en determinados supuestos a la utilización de expresiones referidas al “mejor conocimiento” de la información proporcionada, especialmente cuando se refiera a hechos que se esperan o futuros que no están bajo el total control de quien proporciona la información¹⁹³⁶.

En el desarrollo de la Due Diligence es usual la existencia de diferentes informes, atinentes a diferentes áreas temáticas, pues *“antes de adquirir una compañía, hay múltiples aspectos (además de los legales) que pueden investigarse y, por tanto, hay muchos tipos de due diligence que sirven para detectar riesgos y contingencias. En este sentido, las “due diligence” más frecuentes, además de la legal, son las de tipo financiero, pero puede haber otras, por ejemplo de tipo técnico, como las de carácter medioambiental (...). En general pues, se podría decir que hay tantas “due diligence” como operaciones en las que el inversor (...) quiere conocer un activo antes de invertir en él su dinero”*¹⁹³⁷. A efectos de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas cobra especial relevancia el citado “informe legal de due diligence”¹⁹³⁸. Lo cual no obsta a la existencia de “informes preliminares”, que identifican las principales contingencias así como la redacción del informe definitivo una vez terminada la “due diligence”, todo ello sin perjuicio de que a lo largo de proceso de “due diligence” se vayan redactando informes intermedios o borradores del informe definitivo¹⁹³⁹.

Mediante el suministro de información, especialmente a través de la due diligence, se accede a información sensible, secretos industriales y *know how*, lo cual supone la vinculación del deber de información con el deber de confidencialidad. Esto que altera la idea de que *“por regla general, no existe un especial deber de confidencialidad”*, y de que *“ningún de las partes tiene, con carácter general, el deber de mantener la confidencialidad o de no dar publicidad al hecho de la negociación misma y la información que durante la negociación se reciba”*¹⁹⁴⁰. Por ello, se afirma, *“es preciso que el carácter confidencial de la información resulte expresamente de la declaración de quien así la considere, o que deriva explícita o tácitamente de las circunstancias”*¹⁹⁴¹.

En esta misma línea se manifiesta el artículo 2.1.16, titulado “Deber de confidencialidad”, de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts), señalando que *“si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”*.

Por su parte, el artículo 2:302 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos establece, en relación con la violación de los deberes de confidencialidad, que *“si en el curso de una negociaciones una de las partes facilita a la otra una información confidencial, esta última*

queda obligada a no revelar la información recibida, ni a utilizarla para sus propios fines, tanto si el contrato queda posteriormente concluido como si no. La inobservancia de este deber puede incluir una compensación por pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte". Por tanto, existe una duda razonable respecto de si la información recibida de la otra parte conegociadora no se ha suministrado expresa, implícita o tácitamente, con el carácter de confidencial, ésta puede ser utilizada o incluso revelada o, por el contrario, si la contraparte no puede revelarla ni utilizarla para sus propios fines, pues sería contrario a la buena fe, pudiéndose incluso considerar que el precitado artículo 2:302 establece el derecho a un resarcimiento integral y una regla de restitución de beneficios que es asimilable a la restitución de los enriquecimientos injustificados¹⁹⁴², de los que surgen obligaciones¹⁹⁴³, siendo aplicable incluso si la otra parte no ha sufrido ningún daño.

En igual sentido se pronuncian los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR), en cuyo artículo II.-3:302, referente a la ruptura del deber de confidencialidad, se afirman el carácter confidencial de la información recibida en el curso de las negociaciones de la contraparte, con independencia de que concluya o no el contrato, definiéndose la información confidencial como aquella que, bien por su naturaleza o las circunstancias en las que es obtenida, la parte que recibe dicha información sabe o debe razonablemente saber que es confidencial para la otra parte, pudiéndose incluso obtener un mandamiento judicial prohibiendo su revelación, en todo caso a la parte que ha revelado esa información confidencial se le hace responsable de los daños o pérdidas sufridas por la otra parte como consecuencia de esa revelación pudiendo ser obligada a satisfacerle una indemnización equivalente cualquier beneficio obtenido como consecuencia de semejante revelación¹⁹⁴⁴. Efectivamente, *"si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse"*, la infracción de ese deber dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios y *"la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones"*¹⁹⁴⁵.

El deber de confidencialidad trasciende el caso concreto y es normalmente imprescindible en la Due Diligence¹⁹⁴⁶, tanto respecto de la documentación que se entrega como respecto de las manifestaciones verbales que se realicen, lo cual no impide que se pacte expresamente ese deber de confidencialidad (es frecuente que se *"contraiga un compromiso de confidencialidad con respecto a la información que se va a facilitar en este proceso"*¹⁹⁴⁷). Esta circunstancia se constituye en norma imperativa en el contexto de los Principios de UNIDROIT, a la par que obligación específica impuesta a la actuación de las sociedades anónimas intervinientes en la fase preliminar de la fusión transfronteriza. El deber de confidencialidad puede trascender a la concreta información que se proporcione y alcanzar al mero hecho de la existencia del proceso de fusión¹⁹⁴⁸. todo ello conforme a los establecido en el artículo 412-1, titulado "Deber de confidencialidad", de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, según el cual: *"Cada una de las partes deberá mantener confidencialidad sobre la*

información reservada que reciba de la otra en el curso de las negociaciones. La parte que infrinja el deber de confidencialidad responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber”.

Al extremo es relevante el deber de confidencialidad en la Due Diligence, que en el momento en que se acuerda su realización la sociedad anónima sometida a ella suele designar a uno o a varios de sus trabajadores (personal directivo o intermedio) para que atienda las peticiones de quienes realizan o tienen el encargo (consultorías, despachos de abogados, etc.) de realizar el trabajo, facilitándoles la documentación oportuna, bien en determinados espacios (data room) físicos bien virtualmente. Cuando se trata de data room físico, se mantiene aquella documentación debidamente custodiada, llevándose a cabo en él su consulta, sin que la documentación facilitada pueda salir de ellos¹⁹⁴⁹. No obstante en la práctica se ha ido imponiendo el data room virtual, consistente en una específica página web, en la que se carga la documentación que debe ser analizada¹⁹⁵⁰. En este punto es pertinente aludir a los deberes de protección de la documentación entregada así como de los datos facilitados verbal e informáticamente (éstos últimos además gozarán de la debida protección de datos, derivándose, en su caso, las correspondientes responsabilidades administrativas, civiles, penales y laborales)¹⁹⁵¹.

La atención al deber general de buena fe en la fase preliminar de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, y de los deberes derivados antes enunciados, además de generar responsabilidad por su desatención en el incumplidor -especialmente si se produce un daño por la frustración del negocio que las partes intentaban concluir- puede servir para la interpretación del proyecto común de fusión, tanto para determinar la concurrencia de la real y efectiva voluntad de los contratantes en la etapa de ejecución del de aquel proyecto, como en caso de que surjan entre ellos situaciones conflictuales. La interpretación conforme a la buena fe de los tratos preliminares puede extender su funcionalidad a la indagación por la real voluntad de quienes hubieran suscrito el proyecto común de fusión, e incluso ser resolutoria de cualquier discrepancia que pudiere surgir durante la ejecución de la fusión¹⁹⁵². En la interpretación del proyecto común de fusión han de tomarse en consideración “*las negociaciones previas entre las partes*”¹⁹⁵³. Eventualmente para la integración de las declaraciones contenidas en el proyecto común de fusión ha de atenderse a la “*buena fe y la lealtad negocial*”¹⁹⁵⁴. Además es relevante esta cuestión para los Principios de Derecho Europeo de los Contratos “*lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera*”¹⁹⁵⁵.

Como manifestación también del principio de buena fe, resulta exigible a los administradores y demás personas expresamente apoderadas o habilitadas en el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, una conducta o comportamiento “coherente”, de tal manera que cuando mediante su conducta hayan generado en los demás participantes en el proceso de negociación preliminar una fundada confianza en su conducta futura, conforme a la buena fe y criterios objetivos, no pueden llevar cabo actuaciones

contrarias o contradictorias con aquellos actos propios y consecuencias que de los mismos se puedan inferir. “*La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe*”¹⁹⁵⁶, de tal manera que “*una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja*”¹⁹⁵⁷, estando obligadas las partes “*por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas*”¹⁹⁵⁸. A este respecto ha afirmado la jurisprudencia que “*la buena fe, concepto quizá más fácil de sentir que de definir, en cuanto principio jurídico, tiene muy distintas manifestaciones (...), implica una exigencia de coherencia con la confianza que en los demás ha podido razonablemente originar la conducta anterior del sujeto actuante*”¹⁹⁵⁹.

11.1.2. La exigibilidad de cumplimiento de los tratos preliminares en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, y las consecuencias de la no emisión de las declaraciones de voluntad correspondientes.

La exigibilidad de cumplimiento y sus consecuencias es el ámbito en el que la diferenciación entre tratos preliminares, incluyendo cartas de intención y acuerdos preliminares sin eficacia obligatoria, y precontratos, o entre “acuerdos preliminares que tienen por objeto únicamente la negociación” y “acuerdos preliminares con términos abiertos”, adquiere especial significación y trascendencia.

Los tratos preliminares, en sentido estricto¹⁹⁶⁰, no vinculan a quienes han intervenido en ellos, formulando opiniones y llegado a compartir posiciones comunes, e incluso acuerdos. Mediante ellos se llevan a cabo acercamientos de los eventuales interesados en concluir una fusión, cumpliendo la función de preparar el camino para que la voluntad exprese su intención real y efectiva de quedar obligadas mediante el proyecto de fusión. Buscan permitir a las partes discutir sobre los términos jurídicos y económicos de la fusión, sin que se entiendan vinculadas ni obligadas a manifestar su voluntad, siendo característicamente no obligatorios, lo cual no impide que pudiera llegar a tener una función interpretativa del proyecto de fusión, en su caso.

Ni en los tratos preliminares, en sentido estricto, ni en los “acuerdos preliminares sin eficacia obligatoria”, ni en los “acuerdos preliminares que tienen por objeto únicamente la negociación”, existe la voluntad conscientemente manifestada de quienes en ellos intervienen acerca de los términos de la fusión, en cuanto que manifestaciones unilaterales de voluntad encaminadas crear o regular relaciones jurídicas. Esas negociaciones obligan, pero de otro modo y en otro sentido,¹⁹⁶¹ no son oferta y aceptación¹⁹⁶² en sentido negocial propio¹⁹⁶³. La forma documental no añade eficacia vinculante a las declaraciones verbales, pues es elemento de la perfección del contrato cuando las partes que ha iniciado la negociación, así lo han decidido, de forma expresa o incluso de manera meramente tácita¹⁹⁶⁴.

Al no tener eficacia contractual aquellos tratos preliminares y acuerdos no producen el efecto de reglamentar los intereses de las partes y la elevación de esa reglamentación a

norma jurídica, no teniendo que ajustar su conducta ulterior a su contenido. No existe deber alguno de observancia del contrato, ni las partes han de cumplir lo que en el mismo se establece. No se ha alterado la realidad jurídica ni los efectos anticipados del contrato¹⁹⁶⁵, porque no hay contrato. Hasta aquí despliega toda su eficacia la libertad contractual, pues las partes no están obligadas a llegar a la fusión pudiendo separarse en cualquier momento de esas negociaciones, que informalmente, están llevando a cabo¹⁹⁶⁶.

No obstante, aquí nos encontramos con una cuestión de límites. De esta forma, en la medida que los tratos preliminares se van contractualizando, según se va manifestando la voluntad de las partes de adquirir compromiso u obligaciones precisas en relación con los términos en que se ha de concluir la fusión, ha de indagarse sobre cuál ha sido la voluntad de las partes¹⁹⁶⁷. No puede olvidarse, especialmente en el ámbito internacional, que “*el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo*”¹⁹⁶⁸.

Efectivamente, como se ha precisado en el ámbito de la contratación mercantil internacional, “*en los contratos de prácticas comerciales, en especial cuando se refieren a las transacciones complejas, a menudo (el contrato) se concluyó después de prolongadas negociaciones sin una secuencia de identificación de la oferta y la aceptación. En tales casos, puede ser difícil determinar si y cuando se ha alcanzado un acuerdo contractual. De acuerdo con este artículo (art. 2) un contrato podrá celebrarse para ser concluido a pesar de que el momento de su formación no se puede determinar, siempre que la conducta de las partes es suficiente para mostrar acuerdo. Con el fin de determinar si existen pruebas suficientes de la intención de las partes en obligarse por un contrato, su conducta debe ser interpretado de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 4.1 y siguientes (de los Principios UNIDROIT)*”¹⁹⁶⁹.

Por ello, puede plantearse si es posible en los supuestos de que se hubiere alcanzado en la etapa preliminar precontratos o “*acuerdos preliminares con términos abiertos*”. En el precontrato, que, en sí mismo, es un contrato, ocurre que son las partes las que modulan su efectividad al asignarle una mera función preliminar, previa¹⁹⁷⁰ o preparatoria¹⁹⁷¹ del proyecto de fusión posterior. En los “*acuerdos preliminares con términos abiertos*” las partes en el curso de sus negociaciones, tras haber llegado a acuerdos firmes en determinadas materias que después se incorporarán al proyecto de fusión, asumen la obligación de seguir negociando¹⁹⁷² respecto del resto de las materias que conforman el contenido exigible al proyecto de fusión. Consecuentemente, en ambos supuestos las partes en el proceso negociador de la fusión o proyecto de fusión “*están obligadas*”, a cumplir precisas obligaciones de hacer u observar una determina conducta pero no de manera inmediata, sino diferida en el tiempo¹⁹⁷³. Lo cual plantea la cuestión de si entonces están obligadas a concluir el proyecto de fusión.

En principio parece que, los precontratos y acuerdos preliminares con términos abiertos a los que nos venimos refiriendo, no son ejecutables¹⁹⁷⁴, incluso aun cuando se sostenga la tesis según la cual los precontratos sí son ejecutables. La cuestión es más problemática, en todo caso, en relación con los acuerdos preliminares con términos abiertos¹⁹⁷⁵.

Efectivamente, en los precontratos y también en los “acuerdos preliminares con términos abiertos”, faltará la determinación de las “bases”¹⁹⁷⁶ o contenido reglamentado del proyecto común de fusión¹⁹⁷⁷, con lo que la cuestión se resolverá mediante la indemnización de los daños y perjuicios causados¹⁹⁷⁸, porque la doble sustitución por el juez, tanto en la declaración de voluntad como en la determinación del contenido del proyecto común de fusión no es posible¹⁹⁷⁹. Ciertamente podría darse el supuesto, hipotético y más académico que real, pero posible, de un precontrato que contuviera con suficiente precisión el contenido legalmente exigible al proyecto común de fusión. En ese caso, parece que sí sería ejecutable, pues cuando mediante un convenio o precontrato las partes determinan sus elementos esenciales, la ley procesal referida a las condenas a emitir una declaración de voluntad, establece su ejecutividad¹⁹⁸⁰. También cabe entender que el precontrato o el contrato preliminar con términos abiertos sí se ha ejecutado si los administradores redactan y suscriben el proyecto común de fusión sin incluir los acuerdos en ellos establecidos¹⁹⁸¹.

11.1.3. Responsabilidad y daño resarcible por conculcación de los deberes inherentes a la fase de tratos preliminares, ruptura injustificada o abrupta de las negociaciones, e incumplimiento de precontratos y convenios concluidos al amparo de “acuerdos preliminares con términos abiertos”, en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

En la fase previa o preliminar de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas aparecen o pueden surgir diferentes tipos de deberes y vinculaciones jurídicas, cuyo desconocimiento, violación o incumplimiento son susceptibles de generar responsabilidades de diverso orden, y desde luego, civiles.

No obstante no aparecen normativamente regulados como obligatorios los tratos preliminares, en el sentido de que esa negociación previa no es precisa para concluir el proyecto común de fusión, aparece como generalmente necesaria o habitual. Por eso los sistemas jurídicos en general y la propia Directiva de Fusiones Transfronterizas, los presupone, estando obligados los participantes en los mismos a actuar de buena fe, aun cuando no se llegue a redactar el proyecto común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, y, en el caso, de no observarse el cumplimiento de este deber, puede surgir la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.

En esta fase del procedimiento de fusión transfronteriza de sociedades anónimas pueden existir dos tipos diferenciados de actuaciones de las que naturalmente se derivaran diferentes responsabilidades. Habrá que diferenciar, a efectos de las posibles responsabilidades deducibles, entre “acuerdos preliminares sin eficacia obligatoria” o “acuerdos preliminares que tienen por objeto únicamente la negociación” y “acuerdos preliminares con términos abiertos” o “precontratos”.

En el supuesto de “acuerdos preliminares sin eficacia obligatoria” o “acuerdos preliminares que tienen por objeto únicamente la negociación”, no surge vinculación contractual alguna, pero *“es legítimo considerar que, tras la apertura de las negociaciones, se exija a las partes lo que propiamente se puede llamar diligencia en contrahendo, que impone deberes específicos de información, de protección y lealtad”*, que se concretan en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas en los de información, de colaboración, confidencialidad, protección y comportamiento coherente o no ir contra los propios actos. El incumplimiento de dichos deberes darán lugar a responsabilidad in contrahendo, concurriendo culpa in contrahendo¹⁹⁸². Sin embargo, cuando se produce la “contractualización” de la fase preliminar, lo que sucede normalmente en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, entonces su fundamento es ya contractual¹⁹⁸³

11.1.3.1 Responsabilidad por incumplimiento, en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, de los deberes inherentes a la fase de tratos preliminares y por la ruptura injustificada o abrupta de las negociaciones en la fase preliminar.

Los deberes de las sociedades anónimas que participan en la fase preliminar de una fusión transfronteriza se nuclean en torno al principio de buena fe.

La indiscutible e indiscutida raigambre moral o ética del principio de buena fe plantea un problema inicial relativo a la delimitación de *“la tradición de la filosofía moral en sí misma como una familia de tradiciones de las escuelas de derecho natural y del sentido moral, y de las escuelas del intuicionismo racional y del utilitarismo”*¹⁹⁸⁴, a lo que habría que añadir los diferentes tipos de escepticismo (teórico, normativo y epistemológico en contraste con el conceptual) y las formulaciones sobre el imperativo categórico y la primacía de lo justo en Kant. En la medida en que los ordenamientos jurídicos asumen determinadas tradiciones de filosofía moral aparece, informándolos, el principio de buena fe.

Una de las cuestiones relevantes del periodo preliminar o precontractual se resume en si *“la conducta incorrecta o maliciosa de las personas que mantienen estos tratos o conversaciones preliminares (...) puede dar lugar a algún tipo de responsabilidad y, consiguientemente, a alguna suerte de reparación”*¹⁹⁸⁵. La buena fe aparece en el Derecho como trasunto de deberes morales y éticos, y se puede formular como “bona fide” o principio de fidelidad. En el ámbito de los tratos preliminares de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, la buena fe aparece íntimamente vinculada a las promesas bona fide¹⁹⁸⁶. En ese ámbito, la construcción del concepto de buena fe debe apoyarse en instrumentos supranacionales. Cabe recordar que los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), consideran que puede concebirse la buena fe: a) en sentido en sentido subjetivo como una actitud mental caracterizada por la honestidad y falta de conocimiento de que una situación es meramente aparente y no se corresponde con que es real y verdadera; b) en sentido objetivo como un estándar de conducta caracterizado por la honestidad, la apertura y consideración a los intereses de la otra parte en la relación jurídica

en cuestión¹⁹⁸⁷. Se trata de dos caras o aspectos de la buena fe, no obstante, en puridad, solo el segundo de ellos se puede inscribir en el ámbito con las promesas bona fide, y por ello es el que consideran aquellos principios con trascendencia normativa¹⁹⁸⁸. Por ello, de él debe partirse para determinar la posible responsabilidad y eventuales derechos indemnizatorios en la fase preliminar o previa del proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Así considerada la buena fe no opera solamente como límite del ejercicio de derechos y expectativas o como criterio interpretativo de relaciones jurídicas, sino que de ella misma surgen deberes de conducta para las partes en el proceso negociador o tratos preliminares del proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, que en términos generales pueden enunciarse como: a) deber de honestidad; b) deber de cooperación. Que se manifiestan en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas como deberes de información, de colaboración, confidencialidad, protección y comportamiento coherente o no ir contra los propios actos, y que proscriben las conductas dolosas o culposas in contrahendo y la ruptura injustificada de las negociaciones¹⁹⁸⁹. Aun cuando no procede detenerse en un la exposición del fundamento normativo de la responsabilidad precontractual y de la culpa in contrahendo¹⁹⁹⁰, que ha sido cuestión largamente debatida, sí conviene precisar que adquiere perfiles propios, en el ámbito de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, y con independencia de las diversas legislaciones nacionales¹⁹⁹¹.

Conviene para ello partir de la responsabilidad extracontractual y de los dos grandes “enfoques relativamente consolidados en orden a la técnica articuladora de la imputabilidad”¹⁹⁹², ejemplarizados en el BGB alemán y el Law of Torts anglosajón, y de la “relatividad aquiliana”. Se puede considerar existente un punto de confluencia del parágrafo 823 BGB alemán¹⁹⁹³ el “duty of care” y la acción “Breach of a statutory duty”, en las regulaciones contenidas en las normas que enuncian deberes que, en principio y en base únicamente a la bona fide o buena fe no regulada normativamente, serían solamente preconcebibles, estableciéndose también supuestos de su infracción con las consecuencias reparadoras consiguientes. Son especialmente relevantes, y es pertinente traerlos a colación, en el contexto supranacional de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, los siguientes textos normativos:

- (i) Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts), artículos 1.7, 2.1.15 y 2.1.16. A estos efectos, establece el “artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial). “(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”, exigible no solamente a lo largo de la vida del negocio contractual, sino también durante el proceso de su formación”. Indica el “artículo 2.1.15 “Negociaciones de mala fe”. “Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. En particular, se

considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo”. Determina el “artículo 2.1.16, “Deber de confidencialidad”. “Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”.

- (ii) Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando. Artículos 2:301 y 2:302. Así, precisa el artículo 2:301: “Negociaciones contrarias a la buena fe” *“(1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.(2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.(3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte”.* Indica el artículo 2:302: “Quebra de la confidencialidad”. *“Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte”.*
- (iii) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), artículos II.-301 y II.302. Indica el artículo II. – 3:301: “Negotiations contrary to good faith and fair dealing. (1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract. (3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.(4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party”; Según el artículo II. – 3:302: “Breach of confidentiality”. (1) If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for that party’s own purposes whether or not a contract is subsequently concluded.(2) In this Article, “confidential information” means information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the party receiving the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the other party.(3) A party who reasonably anticipates a breach of the duty may obtain a court order prohibiting it.(4) A party who is in breach of the duty is liable for any loss

caused to the other party by the breach and may be ordered to pay over to the other party any benefit obtained by the breach”.

Como referencia obligada en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico y por su coherencia con aquellos planteamientos normativos supranacionales ha de aludirse: a la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, redactada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión general de codificación, artículo 1245, según el cual: “1. *Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento.* 2. *En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.* 3. *Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse.* 4. *La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra. En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.* 5. *La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones”.*

Por las mismas razones enunciadas en el apartado anterior debe aludirse a la Propuesta de Código Mercantil (PCM), artículos 412-1 y 412-2, que establecen lo siguiente: Artículo 412-1. “*Deber de confidencialidad. Cada una de las partes deberá mantener confidencialidad sobre la información reservada que reciba de la otra en el curso de las negociaciones. La parte que infrinja el deber de confidencialidad responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber;* Artículo 412-2. *Responsabilidad por los daños causados en la fase preparatoria del contrato.* 1. *La parte que hubiera negociado o interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte. En todo caso se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.* 2. *En el caso de que se hubieran entablado negociaciones para la celebración de un contrato mercantil, ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad por el solo hecho de que no se consiga un acuerdo definitivo”.*

Estas normas adquieren todo su significado cuando se refieren al mercado de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Es entonces cuando la estructura jurídica que éste encierra parece acoger, de forma natural, deberes y garantías derivadas de la buena fe. De tal manera que “entre quienes de algún modo concurren en el tráfico y en él negocian entáblense exigencias de una especial lealtad que les vincula usuales niveles de corrección y diligencia. El infringirlas o desatenderlas es razón generadora de responsabilidad extracontractual”¹⁹⁹⁴. Ese fundamento extracontractual es singular en la medida en que no está reñido con su regulación normativa, atendiendo a la doctrina de la “relatividad aquiliana”, ni con la radicación de la misma en el principio de la buena fe. Alternativamente, puede también afirmarse que “nos encontramos ante un supuesto de perfiles más delimitados y, en algún sentido, diverso de la responsabilidad extracontractual”¹⁹⁹⁵. Confirma esta perspectiva el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), en cuyo artículo 12¹⁹⁹⁶ se concibe la “culpa in

contrahendo” como una “obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente”, que puede producir un “daño”¹⁹⁹⁷.

11.1.3.2 La protección del “principio de confianza” en la fase preliminar del proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

La confianza suscitada entre las sociedades anónimas participantes en el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas está protegida por el Derecho, porque en otro caso no podría llevarse a efecto la fusión. Es decir, no podría desarrollarse el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas. No solo se trata de que faltando a un deber correspondiente a la relación jurídica que surge en la etapa previa a la conclusión de aquella fusión surja la correlativa responsabilidad, como se indicó en los epígrafes anteriores. Sino de la protección de la seguridad del tráfico.

Según determina el “artículo 2.1.16 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts), acerca del “deber de confidencialidad”, resulta que *“si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato”*. Igualmente, precisa el artículo 2:302 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando, *“si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no”*. En el mismo sentido se pronuncian los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), artículo II. - 3:302 (1), “breach of confidentiality”, cuando indica lo siguiente: *“If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for that party’s own purposes whether or not a contract is subsequently concluded”*.

En aquellas normas se actualiza el principio de confianza, tanto en su dimensión ético-jurídica como en la referente a lograr la seguridad del tráfico.

Los deberes de auxilio y de lealtad surgen no solo en el momento de la conclusión y de la ejecución de los negocios jurídicos, sino también en *“la fase de tratos previos, de negociaciones y de preparación del contrato”*¹⁹⁹⁸, exigencias derivadas de la seguridad del tráfico que exigen que se respete la confianza imputable generada en los demás participantes en el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas. La información obtenida en la fase preliminar de una fusión transfronteriza de sociedades anónimas, puede dar ocasión al cometimiento de diferentes conductas antijurídicas, siendo especialmente proclives a comisión de infracciones referentes al ámbito de la privacidad, como el delito de revelación de secretos o el uso de información privilegiada.

11.1.3.2.1. La “violación de secretos”.

Según nuestro ordenamiento se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva¹⁹⁹⁹, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores, teniendo asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo²⁰⁰⁰. La ilicitud de aquellas conductas no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos de realizarse en el mercado y con fines concurrenciales. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.

La violación de aquellos secretos industriales o empresariales de los que se hubiera tenido conocimiento o a los que se hubiera tenido acceso durante los tratos preliminares de una fusión transfronteriza de sociedades anónimas, estará sujeta a la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios que se pudieren ocasionar por semejante la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente, así como a resarcir el enriquecimiento injusto obtenido, bien que éste último sólo procede cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico²⁰⁰¹.

Además, la violación de secretos tiene protección penal. Efectivamente, tomando como referente el tipo genérico de la conducta tipificada en el artículo 197.1²⁰⁰² de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos.

Son elementos objetivos de aquel tipo delictivo, los consistentes en el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, la interceptación de telecomunicaciones, mediante la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o cualquier otra señal de comunicación, lo que puede suceder, no obstante las precauciones que de ordinario se toman al respecto, con ocasión de la disponibilidad de los mismos en cualquier “Due Diligence”, y más específicamente a los de los que se disponen mediante la documentación facilitada en cualquier “data room”, física o virtualmente, que se lleven a cabo con ocasión de los tratos preliminares en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Ha de repararse en que la cláusula general del artículo 197.1 CP, trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna., y que el sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, “el que”, dice el texto legal; y sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto

que se examina utiliza el posesivo “sus” referido a papeles, y también a la interceptación de “sus telecomunicaciones”.

La posibilidad de comisión de tal conducta antijurídica con ocasión del acceso a semejante información, se advierte cuando se repara en que el “*iter criminis*”, se corresponde con una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito dividido en dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse. Por ello, la conducta típica del artículo 197.1, se consume con el apoderamiento, interceptación, etc., sin necesidad que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada. Bien entendido que el elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición “para”²⁰⁰³.

11.1.3.2.2. Conductas constitutivas de abuso de mercado, en especial el uso ilícito de información privilegiada.

La participación de sociedades cotizadas en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas²⁰⁰⁴, entra en el ámbito de la normalidad económica y financiera. Las fusiones y adquisiciones de empresas cotizadas “*alcanzan niveles sin precedentes a medida que las industrias se consolidan sobre una base global*”²⁰⁰⁵. Por ello, es posible la incidencia de quienes participen en tales procesos en conductas ilegales en los mercados financieros como la realización de operaciones con información privilegiada²⁰⁰⁶, la comunicación ilícita de la misma²⁰⁰⁷, e incluso la manipulación de mercado²⁰⁰⁸, con el resultado de impedir la plena y adecuada transparencia del mercado, que es una condición previa para la negociación por parte de los agentes económicos en unos mercados financieros integrados²⁰⁰⁹.

No obstante, “*el mero hecho de tener acceso a la información privilegiada de otra empresa y la utilización de la misma (...) con el fin (...) de proponer una fusión con la misma no deben considerarse operaciones con información privilegiada*”²⁰¹⁰, por más que constituya una entidad factitiva suficientemente consistente para actuar, es un motivador racional externo, no un mero deseo, que justifica suficientemente una decisión racional²⁰¹¹. En consecuencia, se advierte que el Reglamento (UE) No. 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado)²⁰¹², debe interpretarse de modo coherente con las medidas adoptadas por los Estados miembros para proteger los intereses de los titulares de valores negociables que comporten derechos de voto en una empresa (o que puedan comportar tales derechos como consecuencia de su

ejercicio o conversión) “en particular”, de manera “coherente con las leyes, reglamentos o disposiciones administrativas adoptados en relación (...) operaciones de fusión”²⁰¹³.

11.1.3.2.2.1. Consideraciones generales sobre conductas constitutivas de uso ilícito de información privilegiada y manipulación de mercado, en las fase de tratos preliminares en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

En todo caso, la participación en una operación de fusión transfronteriza de sociedades anónimas determina casi automáticamente estar en posesión de información privilegiada durante la fase preliminar de la misma²⁰¹⁴, que de por sí ha de ser discreta y mantenerse “secreta”²⁰¹⁵ entre los participantes en esos tratos y conversaciones, sin revelarse públicamente, cualquier otra actitud de los participantes en aquella operación de fusión probablemente determine su fracaso²⁰¹⁶.

En principio la información privilegiada ha de difundirse²⁰¹⁷ porque “la difusión pública de la información privilegiada por parte del emisor es esencial para evitar las operaciones con ese tipo de información y evitar inducir a confusión o engaño a los inversores”²⁰¹⁸. Afirmándose que “el uso de información privilegiada da lugar a dos efectos adversos para la competitividad del mercado”, consistentes en que “disuade a otros a adquirir información e intervenir en el mercado (si van tener ventaja sólo quienes tengan información privilegiada, mejor dedicar los fondos a algo más rentable)” y “distorsiona la distribución de información aportada por quienes operan y reciben otros”²⁰¹⁹, lo que no impide la existencia de posiciones favorables al uso de información privilegiada²⁰²⁰.

No obstante se optado por generalizar la prohibición de su uso en base a criterios tanto éticos²⁰²¹ como de eficiencia económica²⁰²². En todo caso no puede obviarse que los mercados de instrumentos financieros “desempeñan un papel fundamental en la financiación de las economías avanzadas, constituyendo un instrumento clave para el desarrollo de las mismas”²⁰²³ deviniendo, a la postre, en la “financiación externa del PIB”²⁰²⁴. Los emisores deben hacer pública cuanto antes la información privilegiada. No obstante, en circunstancias especiales, esta obligación puede perjudicar los legítimos intereses del emisor. En dichas circunstancias, ha de permitirse retrasar la difusión, siempre que no pueda inducir a confusión o engaño al público y que el emisor esté en condiciones de garantizar la confidencialidad de la información²⁰²⁵.

Por ello, la actividad que se desarrolla por los titulares de los órganos administrativos de las sociedades durante la etapa preliminar de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas estará exceptuada de aquella obligación de comunicación, en la medida en que respondan a las exigencias requeridas normativamente y cumplan con los requisitos exigidos para ser excluidas de dicho deber de información pública. Se permite retrasar la aludida difusión pública de información privilegiada, siempre que semejante retardo no pueda inducir a confusión o engaño al público y que el emisor esté en condiciones de garantizar la confidencialidad de la información. Los “intereses legítimos” que justifican el aplazamiento de dicha comunicación pública se ajustan a los que

están en juego en los tratos preliminares de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

Ciertamente el contenido de los tratos preliminares de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, constituyen el paradigma de las razones que justifican, según el Reglamento el Reglamento (UE) No. 596/2014 el aplazamiento de la difusión pública de información pública, al constituir “*negociaciones en curso o aspectos relacionados (con determinadas circunstancias), cuando la difusión pública puede afectar al resultado o al curso normal de dichas negociaciones*”. En particular, en caso de que la viabilidad financiera del emisor se encuentre en grave e inminente peligro, si bien no le sea aplicable la normativa en materia de insolvencia, la difusión pública de la información podría aplazarse de modo limitado cuando dicha difusión pueda perjudicar gravemente los intereses de los accionistas existentes y potenciales comprometiendo la celebración de negociaciones específicas destinadas a asegurar la recuperación financiera a largo plazo del emisor. Asimismo también se justifica ese aplazamiento de difusión pública de aquella información privilegiada, al tratarse de las “*decisiones adoptadas o (...) contratos celebrados por el órgano de administración o gestión de un emisor que requieran la aprobación de otro órgano del emisor para que sean efectivas, cuando la organización de dicho emisor requiera la separación entre dichos organismos, siempre que la difusión pública de la información antes de su aprobación, junto con el anuncio simultáneo de que dicha aprobación aún está pendiente, ponga en peligro la correcta evaluación de la información por parte del público*”²⁰²⁶.

En todo caso, entendemos que: (A) “*La utilización o el intento de utilización de información privilegiada para operaciones por cuenta propia o de terceros debe prohibirse claramente*”²⁰²⁷. La prohibición de las operaciones con información privilegiada y de la comunicación ilícita de información privilegiada, supone que “*ninguna persona podrá: a) realizar o intentar realizar operaciones con información privilegiada; b) recomendar que otra persona realice operaciones con información privilegiada o inducir a ello, o c) comunicar ilícitamente información privilegiada*” (artículo 14 del Reglamento (UE) No 596/2014). Existe “*comunicación ilícita de información privilegiada cuando una persona posee información privilegiada y la revela a cualquier otra persona, excepto cuando dicha revelación se produce en el normal ejercicio de su trabajo, profesión o funciones*”²⁰²⁸ (artículo 10.1 del Reglamento (UE) No 596/2014). En relación con la noción de información privilegiada aún se mantiene el siguiente interrogante: ¿Para que exista una operación con información privilegiada, basta actuar con conocimiento de la información privilegiada, sin excepción, o se requiere además otro requisito? ²⁰²⁹; (B) La “*prohibición de la manipulación de mercado*”, supone que “*ninguna persona manipulará o intentará manipular el mercado*” (artículo 15 del Reglamento (UE) No 596/2014). Para completar la prohibición de manipulación de mercado, se “*debe incluir asimismo una prohibición de las tentativas de manipulación de mercado. Las tentativas de manipulación de mercado deben distinguirse de la conducta que puede dar lugar a manipulación de mercado, dado que ambas actividades están prohibidas (...). Tal tentativa puede incluir situaciones en las que una acción se inicia pero no se concluye, por ejemplo, como consecuencia de un fallo tecnológico o de una orden de negociación que no se ejecuta. La prohibición de las tentativas de manipulación de mercado es necesaria para permitir a las autoridades competentes sancionar tales tentativas*”²⁰³⁰.

El Reglamento No. 596/2014 atiende especialmente a las operaciones transfronterizas, al requerir que todas las personas sigan las mismas normas en el conjunto de la Unión, reduciéndose la complejidad normativa y los costes de cumplimiento de las empresas, en especial para aquellas que operan con carácter transfronterizo, contribuyéndose además a eliminar las distorsiones de la competencia²⁰³¹. Aquella norma comunitaria constituye manifestación específica de la complejidad que conlleva, o puede hacerlo, una fusión transfronteriza de sociedades cotizadas en relación con los valores actuales de las sociedades anónimas participan en la fusión, y con aquellos que vayan o deban emitirse a consecuencia de la propia fusión, al determinar su campo de aplicación²⁰³². La prohibición del uso ilícito de información privilegiada requeriría mejorar “*la seguridad jurídica de los participantes del mercado mediante una definición más precisa de dos de los elementos esenciales del concepto de información privilegiada, a saber, el carácter preciso de esta información y la importancia de su efecto potencial sobre los precios de los correspondientes instrumentos financieros, contratos de materias primas relacionados o productos subastados basados en derechos de emisión*”²⁰³³, lo que se procura mediante el Reglamento No. 596/2014.

Es preciso efectuar una alusión a la información privilegiada así como a la manipulación de mercado, para dejar constancia de su posibilidad tanto de utilizar ilícitamente información privilegiada o manipular el mercado a resultas de un proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Se puede seguir manteniendo que la “información privilegiada”, se define atendiendo a los siguientes cuatro criterios²⁰³⁴: (i) Es información de carácter concreto; (ii) Que no se haya hecho pública; (iii) Que se refiere directa o indirectamente a uno o varios emisores de instrumentos financieros o a uno varios instrumentos financieros; y (iv) Que si se hiciera pública, tendría un efecto significativo en los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos financieros derivados correspondientes²⁰³⁵.

El artículo 7.1.a del Reglamento (UE) No 596/2014, “información privilegiada”, precisa que se trata de “*información de carácter concreto que no se haya hecho pública, que se refiera directa o indirectamente a uno o varios emisores o a uno o varios instrumentos financieros o sus derivados y que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre los precios de dichos instrumentos o de los instrumentos derivados relacionados con ellos*”²⁰³⁶. Éste puede considerarse el tipo básico²⁰³⁷ al que se añaden o respecto del que se especifican los indicados en las letras b) y c) del mismo apartado²⁰³⁸. Ha de dejarse constancia de la posible incidencia en actividades de manipulación de mercado mediante las conductas, conversaciones, acuerdos, contratos o conductas que se desarrollen en la fase de tratos preliminares de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas²⁰³⁹.

La prospecciones de mercado pueden requerir la comunicación de información privilegiada a inversores potenciales, de tal manera que “*la comunicación de información privilegiada por una persona que pretenda realizar una (...) fusión con una empresa a los titulares de los valores también constituirá prospección de mercado, si: (i) la información es necesaria para permitir a dichos titulares formarse una opinión sobre su disposición a ofrecer sus valores, y, (ii) la disposición de dichos*

*titulares a ofrecer sus valores es razonablemente necesaria para tomar la decisión de realizar la (...) fusión*²⁰⁴⁰. Antes de proceder a esa “prospección de mercado”, el participante del mercado que comunica esa información valorará específicamente si ello implica la comunicación de información privilegiada, debiendo registrar “*por escrito su conclusión y los motivos de la misma*”, proporcionando, a requerimiento de la autoridad competente, esos registros escritos²⁰⁴¹. Solamente se considerará que no es “comunicación ilícita de información privilegiada” si, realizada en el marco de una prospección de mercado se ha realizado en el normal ejercicio del trabajo, profesión o funciones de una persona, el participante del mercado que comunica información ha cumplido las obligaciones establecidas en los apartados 3 y 5²⁰⁴² del artículo 11 del Reglamento 596/2014.

La información a la que se tiene acceso mediante la participación en los tratos preliminares de una fusión transfronteriza en la que participan sociedades cotizadas puede llevar a la realización de conductas prohibidas de “*operaciones con información privilegiada*”²⁰⁴³, o “*recomendar que una persona realice operaciones con información privilegiada o inducir a una persona a que realice operaciones con información privilegiada*”²⁰⁴⁴. Según indica el artículo 8.4 del Reglamento 596/2014, el mismo se aplica quien posea información privilegiada por ser miembro de los órganos de administración, gestión o supervisión del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, participar en el capital del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, tenga acceso a dicha información en el ejercicio de su trabajo, profesión o funciones o que posea información privilegiada en circunstancias cuando dicha persona sepa o deba saber que se trata de información privilegiada²⁰⁴⁵, y al tenor de su apartado 5 del mismo artículo 8, cuando aquella persona sea una persona jurídica, aquellas previsiones se aplican, con arreglo al Derecho interno, a las personas físicas que participen en la decisión de realizar la adquisición, transmisión o cesión, cancelación o modificación de una orden por cuenta de la persona jurídica en cuestión²⁰⁴⁶.

Esto es, tenga la condición de “*iniciado*”²⁰⁴⁷ en cuanto partícipe del conocimiento de información privilegiada derivada de los tratos preliminares de una fusión transfronteriza de sociedades anónimas, o desempeñe “*responsabilidades de dirección*”²⁰⁴⁸ en una sociedad anónima emisora de los valores y participe del conocimiento de aquella información. Consiguientemente “*la elaboración, por los emisores, o por toda persona que actúe en su nombre o por cuenta de ellos, de listas de las personas que trabajan para ellos en virtud de un contrato de trabajo u otra relación y que tienen acceso a información privilegiada relativa, directa o indirectamente, al emisor*”²⁰⁴⁹, constituye una valiosa medida para proteger la integridad del mercado. Dichas listas pueden servir a los emisores o a esas personas para controlar el flujo de información privilegiada y ayudarles de este modo en el cumplimiento de sus obligaciones de confidencialidad. Además, tales listas pueden constituir asimismo un útil instrumento para que las autoridades competentes identifiquen a toda persona que tiene acceso a información privilegiada, así como la fecha en que han obtenido acceso a la misma”²⁰⁵⁰. Asimismo, “*la notificación de las operaciones efectuadas por una persona con responsabilidades de dirección por cuenta propia, o por una persona estrechamente vinculada con ella, no solo es información valiosa para los participantes en el mercado sino que constituye también un medio adicional para la supervisión de los mercados por las autoridades competentes*”²⁰⁵¹. Las “listas de iniciados” y

“relaciones de posibles operaciones del personal con “responsabilidades de dirección””²⁰⁵², tienen una indudable transcendencia para evitar este tipo de conductas ilícitas en relación con las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas²⁰⁵³.

La Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado)²⁰⁵⁴, supone la superación de un sistema sancionador difuso y con una grave indefinición²⁰⁵⁵. Aquella Directiva, tras insistir en que “*un mercado financiero integrado y eficiente y una mayor confianza de los inversores requieren integridad del mercado. El buen funcionamiento de los mercados de valores y la confianza del público en los mercados son requisitos imprescindibles para el crecimiento y la riqueza económicos. El abuso de mercado daña la integridad de los mercados financieros y la confianza del público en los valores, los instrumentos financieros derivados y los índices de referencia*”²⁰⁵⁶, afirma que “*para que el marco legislativo sobre abuso de mercado funcione bien es imprescindible que se aplique de manera efectiva*”²⁰⁵⁷. Por ello, considera, a la vista de determinados hechos que relaciona²⁰⁵⁸, que “*la introducción por todos los Estados miembros de sanciones penales en relación con, al menos, las infracciones graves de abuso de mercado es esencial para garantizar la aplicación efectiva de la política de la Unión destinada a combatir el abuso de mercado*”²⁰⁵⁹.

Esto es, “*los Estados miembros deben estar obligados a establecer que, al menos, los casos graves de operaciones con información privilegiada, manipulación de mercado y comunicación ilícita de información privilegiada constituyan infracciones penales cuando se hayan cometido intencionalmente*”²⁰⁶⁰, lo cual no impide que los Estados miembros puedan “*establecer, por ejemplo, que la manipulación de mercado cometida temerariamente o por negligencia grave constituye una infracción penal*”²⁰⁶¹. La Directiva 2014/57 exige también “*a los Estados miembros que garanticen que la incitación a cometer las infracciones penales y la complicidad en ellas sean punibles*”²⁰⁶². Además “*debido a los efectos adversos que las tentativas de realizar operaciones con información privilegiada y de manipulación de mercado tienen en la integridad de los mercados financieros y en la confianza de los inversores en ellos, esos tipos de conductas deben ser punibles también como infracciones penales*”²⁰⁶³. Se delimitan en aquella Directiva los tipos penales de “*operaciones con información privilegiada*”²⁰⁶⁴, “*comunicación ilícita de información privilegiada*”²⁰⁶⁵ y de “*manipulación de mercado*”²⁰⁶⁶. Las sanciones penales se aplican a las persona físicas, que actúan por cuenta o bajo el poder de dirección de las sociedades anónimas participantes en un proceso de fusión, estableciéndose la responsabilidad civil estas últimas, derivadas de aquellas conductas, precisando la necesaria relación de conexión.²⁰⁶⁷ Nuestro ordenamiento atiende aquel mandato de la Unión Europea mediante los artículos 285 CP y 442 CP²⁰⁶⁸.

La generalización de la imposición de sanciones penales por el Reglamento 596/2014, obliga a replantear la cuestión de la “presunción de inocencia” en relación con la indefinición del elemento subjetivo del tipo delictivo, que se produce con la aplicación de la definición de “información privilegiada” y de su “utilización”, en el Reglamento 596/2014. El Reglamento 596/2014 si bien modera la indefinición del elemento subjetivo que se contenía en la Directiva 2003/6²⁰⁶⁹, no la elimina. Además de los supuestos explícitos de presunciones que contiene en su artículos 8.3 (“*seguir las recomendaciones o inducciones a que se refiere el apartado 2 se considerará como operación con información privilegiada en el sentido del presente*”).

artículo cuando la persona que siga la recomendación o inducción sepa o debiera saber que éstas se basan en información privilegiada”), y 10.2 (“a efectos del presente Reglamento, la subsiguiente revelación de las recomendaciones o inducciones a que se refiere el artículo 8, apartado 2, constituirá asimismo comunicación ilícita de información privilegiada en virtud del presente artículo, cuando la persona que revele la recomendación o inducción sepa o deba saber que se basaba en información privilegiada”).

Quien interviene en una operación de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, salvo el supuesto en que se trate de una persona con “responsabilidades de dirección” con una relevante cualificación, normalmente no podrá conocer con exactitud qué información de la que está conociendo tiene el carácter de privilegiada. Con mayor razón aquel desconocimiento afectará a quienes estén incluidos en alguno de los supuestos de presunciones antes indicados. En el Reglamento 596/2014 se mantiene el “conjunto universal” y su “complementario”²⁰⁷⁰ para delimitar el ámbito subjetivo de la utilización ilícita de información privilegiada, lo que cuestiona la legitimidad del sistema de penas en él establecido.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, parece que quiere poner de relieve la importancia del elemento subjetivo, trasladando al concepto de utilización de información privilegiada, *pari passu*, un elemento de antijuridicidad, dando relieve al propósito, intencionalidad y conciencia del agente. Pero, en realidad, se limita a afirmar: (i) Que “*debe determinarse a la luz de la finalidad (del Reglamento 596/2014), que consiste en garantizar la integridad de los mercados financieros y en aumentar la confianza de los inversores, confianza que se basa, entre otras cosas, en la garantía de que estarán en igualdad de condiciones y de que estarán protegidos contra el uso ilícito de información privilegiada. Sólo una utilización contraria a esta finalidad constituye una operación prohibida con información privilegiada*”²⁰⁷¹; y (ii) Pero todo ello, “*sin perjuicio del respeto del derecho de defensa y, en particular, del derecho a poder destruir esta presunción*”²⁰⁷², y, consiguientemente, de la presunción de inocencia²⁰⁷³.

Esas problemática ha de resolverse a partir de las siguientes consideraciones: (i) Por una parte, la reunión de los elementos constitutivos de la operación con información privilegiada contemplados en los artículos 7 y 8 del Reglamento 596/2014 permite, presumir la intención del autor de esta operación; y (ii) Por otra parte, tal presunción no puede vulnerar los derechos fundamentales y, en especial, el principio de presunción de inocencia establecido, en particular, en el artículo 6, apartado 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950”.

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰⁷⁴, todo sistema jurídico conoce presunciones de hecho o de Derecho y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no se opone en principio a ellas, pero obliga a los Estados contratantes a no rebasar un determinado umbral a este respecto.

Así, el principio de la presunción de inocencia, establecido en el artículo 6, apartado 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no desatiende presunciones de hecho o de Derecho que se encuentran en las leyes represivas ordenando a los Estados constreñirlas dentro de unos límites razonables tales, que tengan en cuenta la gravedad de la cuestión y que protejan el derecho de defensa²⁰⁷⁵.

11.1.3.2.2.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el uso ilícito de información privilegiada en la fase de tratos preliminares en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), Gran Sala, de 22 de noviembre de 2005, asunto C-384/02, Knund Grøngaard y Allan Bang,

La jurisprudencia europea se ha ocupado de la utilización ilícita de información privilegiada, con ocasión del proceso de fusión de sociedades anónimas, en diversos asuntos. Aun cuando las sentencias toman como referencia fusiones internas, dada la normativa europea aplicada, puede considerarse plenamente aplicable a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

La STJUE de 22 de noviembre de 2005, Asunto C-384/02, Knund Grøngaard y Allan Bang, es singularmente relevante por la importancia que la Directiva de Fusiones Transfronterizas otorga a los derechos informativos, de participación de los trabajadores así como al derecho de implicación de los mismos en la sociedad resultante de la fusión²⁰⁷⁶.

El Sr. Bang era el presidente de Finansforbundet, el sindicato profesional de los trabajadores del sector financiero. Finansforbundet contaba con unos 50.000 miembros. El Sr. Grøngaard era el representante de los trabajadores en el consejo de administración de la sociedad RealDanmark, importante entidad financiera que cotizaba en bolsa y que contaba con cerca de 7.000 empleados. Asimismo, había sido designado por Finansforbundet como miembro del comité de enlace del grupo de RealDanmark. Este último se había creado en virtud de un convenio entre Finansforbundet y RealDanmark. El Sr. Grøngaard representaba al sindicato en el seno de este comité. Finalmente, el Sr. Grøngaard era presidente del Kapitalkreds, una de las 11 secciones de Finansforbundet, que, con 6.500 miembros, reunía a cerca del 90 % del personal de RealDanmark. Tras una reunión extraordinaria del consejo de administración de RealDanmark, el Sr. Grøngaard comunicó al Sr. Bang, el 23 de agosto de 2000, información relativa al plan de entablar negociaciones de fusión con Danske Bank, otra importante entidad financiera de Dinamarca. Entre el 28 de agosto y el 4 de septiembre de 2000, el Sr. Bang se reunió con sus dos vicepresidentas, las Sras. Madsen y Nielsen, así como con el Sr. Christensen, uno de sus colaboradores en la Secretaría de Finansforbundet, y les comunicó la misma información que había recibido del Sr. Grøngaard.

El 31 de agosto de 2000, el Sr. Christensen adquirió acciones de RealDanmark por un valor aproximado de 48.000 euros. El 18 de septiembre de 2000, el Sr. Grøngaard participó en una reunión del consejo de administración de RealDanmark durante la cual se discutieron detalles de la fusión. El 22 de septiembre de 2000, participó en una reunión extraordinaria del comité de enlace durante la cual se mencionaron también los detalles de la fusión. Se dirigió de nuevo al Sr. Bang, el 26 de septiembre de 2000, con objeto de ayudar a los empleados a afrontar las consecuencias de la fusión. En particular, discutieron el calendario previsto para la fusión, así como el incremento esperado en la cotización de las acciones de RealDanmark, de entre un 60 y un 70 %. Los días 27 y 28 de septiembre de 2000, respectivamente, el Sr. Bang transmitió información al Sr. Larsen, jefe de la Secretaría de Finansforbundet y a su colaborador, el Sr. Christensen, incluyendo la fecha fijada para la notificación de la fusión y el tipo de conversión previsto.

El 29 de septiembre de 2000, el Sr. Christensen adquirió más acciones de RealDanmark, por un valor aproximado de 214.000 euros. El 2 de octubre de 2000 se hizo pública la fusión entre RealDanmark y Danske Bank y la cotización de las acciones de RealDanmark aumentó aproximadamente en un 65 %. El Sr. Christensen vendió sus acciones de RealDanmark los días 2 y 3 de octubre de 2000, con un beneficio neto de unos 180.000 euros. Posteriormente, fue condenado a seis meses de prisión por uso de información privilegiada en contra de lo dispuesto en el artículo 35, apartado 1, de la Ley del mercado de valores. Contra los Sres. Grøngaard y Bang se siguió un proceso penal ante el Københavns Byret por haber revelado información privilegiada en contra de lo dispuesto en el artículo 36, apartado 1, de esa Ley.

El Københavns Byret, que conocía del asunto, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:¹⁾ El artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592, ¿prohíbe a una persona revelar información privilegiada cuando haya obtenido dicha información en su condición de representante de los trabajadores en el consejo de administración de la empresa a la que se refiere la información privilegiada y la haya revelado al presidente del sindicato que agrupa a los trabajadores que han elegido a dicha persona como miembro del consejo de administración?; 2) El artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592, ¿prohíbe a una persona revelar información privilegiada cuando haya obtenido dicha información en su condición de miembro del comité de enlace establecido por la empresa y la haya revelado al presidente del sindicato que ha designado a dicha persona como miembro de dicho comité?; 3) El artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592, ¿prohíbe al presidente de un sindicato revelar información privilegiada cuando haya obtenido dicha información en las circunstancias descritas en la primera cuestión y la haya revelado, respectivamente: a) a sus dos vicepresidentas; b) al máximo responsable administrativo de la Secretaría del sindicato y c) a sus colaboradores en la Secretaría del sindicato?; 4) El artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592, ¿prohíbe al presidente de un sindicato revelar información privilegiada cuando haya obtenido dicha información en las circunstancias descritas en la segunda cuestión y la haya revelado, respectivamente: a) a sus dos vicepresidentas; b) al máximo

responsable administrativo de la Secretaría del sindicato y, c) a sus colaboradores en la Secretaría del sindicato?; 5) ¿Qué importancia tiene para la respuesta a las cuatro primeras cuestiones el hecho de que la información privilegiada revelada se refiera: a) al inicio de negociaciones para la fusión de dos sociedades que cotizan en bolsa; b) a la fecha en que está prevista la fusión entre dos sociedades que cotizan en bolsa o c) al aumento de la cotización de las acciones de una sociedad que cotiza en bolsa previsto como consecuencia de la fusión de dicha sociedad con otra sociedad que cotiza en bolsa?”.

Según indica el Tribunal de Justicia en la sentencia referida, a título de observaciones preliminares, la Directiva 89/592 prohibía las operaciones con información privilegiada con el objeto de proteger la confianza de los inversores en el mercado secundario de valores negociables y, por consiguiente, garantizar el buen funcionamiento de este mercado. Así, precisó, el artículo 2 de la Directiva 89/592 prohibía a las personas que por su condición de miembros de los órganos de administración o debido al ejercicio de su trabajo, de su profesión o de sus funciones dispusieran de una información privilegiada, es decir, información de carácter preciso que no se haya hecho pública y que podría influir de manera apreciable sobre la cotización de uno o varios valores negociables, explotar esta información adquiriendo o cediendo dichos valores negociables. Para limitar el número de personas que pudiesen explotar información de esta índole cediendo o adquiriendo los valores negociables a que ésta se referiría, el artículo 3 de la Directiva 89/592 establecía igualmente, para las personas mencionadas en el artículo 2 de la misma Directiva, una prohibición de revelar información privilegiada a terceros. Sin embargo, apostilló, dicha prohibición no era absoluta. Continúa el Tribunal de Justicia en sus observaciones preliminares, afirmando que a tenor del artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592, la prohibición de revelar información privilegiada no se aplicaba a la revelación de ésta por una persona en el ejercicio normal de su trabajo, su profesión o sus funciones. Aunque esta norma, habida cuenta de los términos utilizados, podía referirse a situaciones muy diversas, debía ser objeto de una interpretación estricta, como excepción a una prohibición general y a la luz del efecto útil de la Directiva 89/592.

La naturaleza penal del proceso, precisa el Tribunal de Justicia, que se seguía contra los Sres. Grøngaard y Bang y el principio de legalidad de las penas aplicable en un proceso de este tipo no afectaban a la interpretación estricta que debía hacerse del artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592. Precizando que, como señalaba el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, la interpretación del ámbito de aplicación de una Directiva no puede depender de la naturaleza civil, penal o administrativa del procedimiento en que se invoque. Señalando que, además, incumbía al órgano jurisdiccional remitente garantizar la observancia del principio de seguridad jurídica al interpretar, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, el Derecho nacional adoptado en ejecución de ésta²⁰⁷⁷. Recordando, que la obligación del Juez nacional de tener presente el contenido de una Directiva cuando interpreta las correspondientes normas de su Derecho nacional tiene límites, en particular, cuando tal interpretación tenga por efecto determinar o agravar,

basándose en la Directiva y con independencia de una ley adoptada para su ejecución, la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones²⁰⁷⁸

Refiriéndose al alcance de la excepción que estaba prevista en el artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592, señala en su sentencia el Tribunal de Justicia, que al exigir aquella Directiva que la revelación de una información privilegiada no tuviera lugar en el ejercicio normal del trabajo, profesión o funciones de una persona, dicha excepción establecía el requisito de un vínculo estrecho entre esta revelación y el ejercicio de este trabajo, esta profesión o estas funciones para justificar tal revelación. Añadiendo que el alcance de ese último requisito debía apreciarse teniendo en cuenta los objetivos que perseguía la Directiva 89/592, deducibles de sus considerandos segundo a quinto, de los cuales se desprendía que aquella norma comunitaria tenía por objeto asegurar el buen funcionamiento del mercado secundario de valores negociables y mantener la confianza de los inversores que se basaba, entre otras cosas, en la garantía de que estarían en igualdad de condiciones y de que estarían protegidos contra el uso ilícito de la información privilegiada. Afirmando que, a la luz de estos objetivos y habida cuenta del hecho de que el artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592 constituía una excepción que debía recibir una interpretación estricta, la revelación de esta información únicamente estaba justificada si era estrictamente necesaria para el ejercicio de un trabajo, una profesión o una función y respeta el principio de proporcionalidad.

En el caso de revelaciones sucesivas, indicaba el Tribunal de Justicia en aquella sentencia, cada una de ellas debía satisfacer aquellos requisitos para acogerse a la excepción prevista en el artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592. Para apreciar la necesidad de una revelación de información privilegiada, debía tomarse en consideración, además, el hecho de que cada revelación adicional podía aumentar el riesgo de que esta información fuera explotada con una finalidad contraria a la Directiva 89/592. Con objeto de determinar si una revelación estaba justificada en un caso concreto debía tenerse en cuenta asimismo el carácter delicado de la información privilegiada en cuestión. Destacando que era precisa una especial prudencia cuando se trataba de revelar información privilegiada manifiestamente capaz de afectar, de manera apreciable, la cotización de los correspondientes valores negociables. En este contexto, procedía estimar que la información privilegiada relativa a una fusión entre dos sociedades que cotizaban en bolsa generalmente revestía una naturaleza particularmente delicada. En todo caso, añadía, la excepción prevista en el artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592, debe apreciarse teniendo en cuenta las particularidades del Derecho nacional aplicable. En efecto, qué deba considerarse comprendido en el ejercicio normal de un trabajo, una profesión o unas funciones depende en gran medida, ante la ausencia de armonización en la materia, de las normas que regulan estas cuestiones en los diferentes sistemas jurídicos nacionales. Por último, recuerda que la Directiva 89/592 establecía requisitos mínimos en lo que respecta a la prohibición de explotar y revelar información privilegiada, pues en virtud del artículo 6 de la Directiva 89/592, cada Estado miembro podía adoptar disposiciones de aplicación general más restrictivas que las previstas en aquella Directiva.

Entrando en la respuesta las concretas cuestiones prejudiciales que le fueron planteadas, el Tribunal de Justicia comienza por analizar conjuntamente las dos primeras cuestiones, puesto que mediante ellas el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, en esencia, si el artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592 prohibía que una persona que recibía información privilegiada en su condición de representante de los trabajadores en el consejo de administración de una sociedad o en su condición de miembro del comité de enlace de un grupo de empresas revelase tal información al presidente del sindicato que agrupa a estos trabajadores y que habían designado a esta persona como miembro del comité de enlace. Indicando el Tribunal de Justicia que, siendo así el funcionamiento de los órganos de administración, de dirección o de control de las sociedades de capitales, así como el estatuto y el papel de los representantes de los trabajadores en el seno de estos órganos se regulaban, básicamente, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que lo mismo ocurría en relación con el estatuto y el funcionamiento del comité de enlace. De ello se deducía que, por lo que respecta a la cuestión de si la revelación de información privilegiada por esta persona al presidente de dicha organización profesional entra dentro del ejercicio normal de sus funciones, la respuesta depende en gran medida de las normas que regulan estas funciones en el sistema jurídico nacional de que se tratase, y que, aun cuando tal revelación estuviese autorizada por el ordenamiento jurídico nacional aplicable, para acogerse a la excepción prevista en el artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592, debía efectuarse en las condiciones precisadas en los apartados que anteceden., por lo que y habida cuenta de aquellas consideraciones, procedía responder a las cuestiones primera y segunda que el artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592 prohibía que una persona que recibe información privilegiada en su condición de representante de los trabajadores en el consejo de administración de una sociedad o en su condición de miembro del comité de enlace de un grupo de empresas revele tal información al presidente del sindicato que agrupa a estos trabajadores y que ha designado a esta persona como miembro del comité de enlace, salvo: a) si existía un vínculo estrecho entre la revelación y el ejercicio de su trabajo, su profesión o sus funciones, y. b) si esta revelación era estrictamente necesaria para el ejercicio de dichos trabajo, profesión o funciones. Debiendo, el marco de su examen, el órgano jurisdiccional nacional, a la luz de las normas nacionales aplicables, tener en cuenta en particular: a) que dicha excepción a la prohibición de revelar información privilegiada debía ser objeto de una interpretación estricta; b) que cada revelación adicional podía aumentar el riesgo de que esta información sea explotada con una finalidad contraria a la Directiva 89/592, y, c) el carácter delicado de la información privilegiada.

Sobre las cuestiones tercera y cuarta que le habían sido planteadas, el Tribunal, de Justicia consideró que debía examinarlas conjuntamente, pues mediante ellas el órgano jurisdiccional remitente preguntaba al Tribunal de Justicia, en esencia, si y en qué condiciones, el artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592 permitía al presidente de un sindicato que recibía información privilegiada en las circunstancias antes descritas revelar tal información a sus colaboradores. A este respecto, destacó la sentencia del Tribunal de Justicia, que la actividad de un sindicato como del que se venía tratando en el litigio principal y la función del presidente de dicho sindicato, al igual que ocurría con los órganos

de administración y con el comité de enlace, entraban en lo esencial dentro del ámbito de aplicación del sistema jurídico nacional correspondiente. De ello se deducía que la respuesta a si el presidente de tal sindicato podía revelar información privilegiada a terceros en el ejercicio de sus funciones dependía en gran medida del Derecho nacional aplicable.

Al igual que respecto del órgano administrativo y el comité de enlace, el Tribunal de Justicia, afirmó que, aun cuando tal revelación estuviese autorizada por el ordenamiento jurídico nacional aplicable, para acogerse a la excepción prevista en el artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592, debía efectuarse en las condiciones antes precisadas respecto de aquellos otros órganos, recordando asimismo que, conforme a los artículos 2 y 3, letra a), de la Directiva 89/592, aparte de las personas que dispusieran de información privilegiada por su condición de miembros de los órganos de administración, de dirección o de control o por su participación en el capital del emisor, la prohibición de revelar información privilegiada se aplicaba únicamente a las personas que dispusieran de tal información por el ejercicio de su trabajo, de su profesión o de sus funciones. Responder a las cuestiones tercera y cuarta planteadas que el artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592 prohibía al presidente de un sindicato revelar información privilegiada a colaboradores, salvo en las condiciones antes enunciadas en relación con los miembros del órgano de administración y del comité de enlace. En el marco de su examen, el órgano jurisdiccional nacional debe, a la luz de las normas nacionales aplicables, tener en cuenta los criterios igualmente allí enunciados. Consideró el Tribunal que habida cuenta de lo antes indicado no procedía entrar sobre la quinta cuestión prejudicial planteada, que consideraba implícitamente resuelta.

Atendiendo a los razonamientos expuestos, el fallo de la meritada sentencia fue el siguiente: “1) *El artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada, (prohibía) que una persona que (recibía) información privilegiada en su condición de representante de los trabajadores en el consejo de administración de una sociedad o en su condición de miembro del comité de enlace de un grupo de empresas (revelase) tal información al presidente del sindicato que (agrupaba) a estos trabajadores y que (había) designado a esta persona como miembro del comité de enlace, salvo: -si (existía) un vínculo estrecho entre la revelación y el ejercicio de su trabajo, su profesión o sus funciones, y, -si esta revelación (era) estrictamente necesaria para el ejercicio de dichos trabajo, profesión o funciones. En el marco de su examen, el órgano jurisdiccional nacional (debía), a la luz de las normas nacionales aplicables, tener en cuenta en particular:- que dicha excepción a la prohibición de revelar información privilegiada (debía) ser objeto de una interpretación estricta; -que cada revelación adicional (podía) aumentar el riesgo de que esta información (fuera) explotada con una finalidad contraria a la Directiva 89/592, y, -el carácter delicado de la información privilegiada; 2) El artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592 (prohibía) al presidente de un sindicato revelar información privilegiada a colaboradores (...), salvo en las condiciones enunciadas (en el apartado 1). En el marco de su examen, el órgano jurisdiccional nacional (debía), a la luz de las normas nacionales aplicables, tener en cuenta los criterios igualmente enunciados en esta respuesta”.*

11.2. El proyecto común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

La fase preliminar desemboca²⁰⁷⁹ naturalmente en la elaboración de un “*proyecto común de fusión transfronteriza*”²⁰⁸⁰, que “*debe realizarse en los mismos términos para cada una de las sociedades afectadas en los distintos Estados miembros*”, precisa la Directiva de Fusiones Transfronterizas²⁰⁸¹. La Model Business Corporation Act afirma que “una o más corporaciones nacionales pueden fusionarse con una o más corporaciones mercantiles nacionales o extranjeras (...) conforme a un proyecto de fusión, o dos o más corporaciones mercantiles extranjeras (...) se pueden fusionar en una nueva corporación mercantil nacional que será creada de la forma recogida en el presente capítulo”²⁰⁸².

El proyecto común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, se considera, desgajado de la fijación del tipo de canje, que ha de figurar en el propio proyecto, y por las cualidades informativas que conlleva, como uno de los pilares fundamentales del sistema de protección de los intereses de socios y terceros²⁰⁸³.

11.2.1 El carácter “común” del proyecto de fusión.

La referencia al carácter “común” del proyecto de fusión es explícita en la Directiva de Fusiones Transfronterizas, cuando alude a que “*los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen concebirán un proyecto común de fusión transfronteriza*”²⁰⁸⁴, y a que “*el proyecto común de fusión transfronteriza debe realizarse en los mismos términos para cada una de las sociedades afectadas en los distintos Estados miembros*”.

Dicha referencia es implícita en alguna normas norteamericanas como la New York Business Corporation Law, según la cual “*el consejo de cada corporación proponiendo la participación en una fusión o consolidación conforme a la Sección 901 (...) adoptará un proyecto de fusión o consolidación*”(“*the board of each corporation proposing to participate in a merger or consolidation under section 901 (...) shall adopt a plan of merger or consolidation*”)²⁰⁸⁵ y también en la MBCA, cuando se refiere a que “*con posterioridad a que un proyecto de fusión haya sido adoptado y aprobado de conformidad con lo previsto en esta Ley, el resumen de la fusión será suscrito en representación de cada parte de la fusión por cualquier directivo u otro representante debidamente autorizado*”(“*after a plan of merger (...) has been adopted and approved as required by this Act, articles of merger (...) shall be executed on behalf of each party to the merger (...) by any officer or other duly authorized representative*”)²⁰⁸⁶. Igualmente, se precisa en la Delaware GCL que “*todas las entidades intervinientes suscribirán un acuerdo de fusión o consolidación*”(“*all the constituent corporations shall enter into an agreement of merger or consolidation*”) y que “*el acuerdo será adoptado, aprobado, certificado, suscrito y reconocido por cada de las corporaciones intervinientes de conformidad con la ley de acuerdo con la que se constituyó y en el caso de las corporaciones de Delaware, de la misma forma recogida en la Sección 251 de este título*”(“*the agreement shall be adopted, approved, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed, and, in the case of a Delaware corporation, in the same manner as is provided in § 251 of this title*”)²⁰⁸⁷.

Según establece el artículo 59.1, titulado “Proyecto común de fusión transfronteriza”, de la LME, *“el proyecto común de fusión transfronteriza que habrán de redactar los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión contendrá al menos las menciones establecidas con carácter general para el proyecto común de fusión de sociedades”*, además de establecer determinadas especificaciones concretas. Por ello puede abundarse en que la adjetivación de “común” al proyecto de fusión es redundante, constituye un “pleonismo”. Efectivamente, *“por supuesto que se trata de un proyecto de fusión que ha de ser común a todas las sociedades (...) porque es un documento (...) que (...) es el resultado de un complejo proceso preparatorio, con intensas negociaciones previas llevadas cabo entre las partes”*²⁰⁸⁸.

11.2.2. Acerca de su naturaleza jurídica.

Las regulaciones jurídico-positivas, cuando tratan sobre el proyecto de fusión transfronteriza, no abordan con claridad cuál es su naturaleza jurídica y, en definitiva cuál es la relación que cumple en el proceso en relación con la necesaria ubicación del negocio de fusión que vincula a las sociedades participantes.

La Directiva de Fusiones Transfronterizas, en sus artículos 5 y 9.1, se limita a establecer que *“los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen concebirán un proyecto común de fusión transfronteriza”*, lo que le da un cierto carácter “aristocrático”²⁰⁸⁹, y que *“la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen se pronunciará sobre el proyecto común de fusión transfronteriza”*, lo que parece querer abundar en su carácter “democrático”. La referencia de la Directiva 2005/56 a los “órganos de administración” o de “dirección” tiene sentido en cuanto según se organice la administración societaria, por la legislación nacional correspondiente, puede ser exigible la intervención del consejo de vigilancia²⁰⁹⁰.

La MBCA, tras remitirse las legislaciones nacionales correspondientes a las sociedades extranjeras²⁰⁹¹, establece respecto de las sociedades nacionales correspondientes que participan en la fusión, en su sección 11.04 (a), que *“El Proyecto de Fusión (...) tiene adoptado por el consejo de administración”* y que *“el consejo de administración tendrá que remitir el Proyecto a los accionistas para su aprobación”*²⁰⁹². Así lo reitera el Comentario oficial a la citada sección que indica que *“conforme a la Sección 11.04, el Proyecto de Fusión tiene que ser adoptado por el consejo de administración. Con posterioridad, el consejo debe remitir el Proyecto a los accionistas para su aprobación”*²⁰⁹³.

Con más precisión la Delaware GCL, indica, en su parágrafo 251, respecto de las sociedades participantes en una fusión que *“(b) El consejo de administración de cada corporación que desee fusionarse o consolidarse adoptará una resolución aprobando un acuerdo de fusión o consolidación y declarando su conveniencia”* y que *“(c) El acuerdo requerido por la subsección (b) de esta sección será remitido a los accionistas de cada corporación interviniente en una reunión anual o especial con el objetivo de que decidan acerca del acuerdo”*²⁰⁹⁴.

La Directiva 2011/35, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas de la Unión Europea, establece en sus artículos 5.1 y 7.1, que “*los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionen establecerán por escrito un proyecto de fusión*”, y que “*la fusión requerirá al menos la aprobación de la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen*”. La LME, establece en sus artículos 30.1 y 40.1, que “*los administradores de cada una de las sociedades que participen en la fusión habrán de redactar y suscribir un proyecto común de fusión*”, y que “*la fusión habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ella, ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión, con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan. Cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta*”.

La New York Business Corporation Law, precisa en sus párrafos 902 (a) (NY Code – Sección 902. Plan de fusión o consolidación) y 903 (a) (NY Code – Sección 903 Autorización de los accionistas) que “*(a) el consejo de cada corporación que se proponga participar en una fusión o consolidación conforme a la sección 901 (...) adoptará un proyecto de fusión o consolidación*” y que “*(a) el consejo de cada corporación interviniente, tras adoptar tal proyecto de fusión o consolidación, remitirá tal proyecto para su voto por los accionistas*”²⁰⁹⁵.

Como hemos expuesto, según la generalidad de las regulaciones jurídico-positivas, la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, requiere la adopción de un proyecto o plan de fusión por los administradores sociales, previo acuerdo, en su caso del consejo de administración, que debe ser aprobado por la Junta General de accionistas. Se afirma que se trata, de un “negocio” que se concluye por los administradores los cuales han de sujetarse a los términos del mismo, que va a “desencadenar” su eficacia como consecuencia de su aprobación por las Juntas Generales de las sociedades anónimas participantes en la fusión, de tal manera que “*las adhesiones de las sociedades al proyecto de fusión conllevan, por tanto determinadas consecuencias, en lo que significa de vinculación al proyecto*”²⁰⁹⁶.

Se indica que “*el problema está en determinar qué significan jurídicamente las firmas del proyecto por los administradores y la función que cumplen las posteriores al mismo de las sociedades que en él intervienen*”²⁰⁹⁷. La respuesta responde en buena medida a la regulación de cada ordenamiento jurídico concreto, dada la remisión a los mismos tanto por la Directiva 2005/56 como por la MBCA, lo cual justificaría estar a nuestro ordenamiento jurídico, en el que existe al respecto relativa uniformidad²⁰⁹⁸.

No obstante, el discurso racional inherente a una fusión transfronteriza de sociedades anónimas se resiste a semejante reduccionismo jurídico nacionalista y aboga por consideraciones ubicadas en la cultura jurídica universal, plasmada en las normativas ejemplares. El proyecto o plan de fusión que, en ocasiones es calificado normativa o legalmente como contrato²⁰⁹⁹, ha de tener un contenido necesario que afecta a los intereses, derechos y obligaciones de los accionistas y de terceros²¹⁰⁰, por ello ha de ser objeto de publicación²¹⁰¹.

La naturaleza jurídica del proyecto o plan “común” de fusión transfronteriza de sociedades anónimas es la de un negocio jurídico de intercambio²¹⁰² o contrato²¹⁰³, acogiéndose tanto la noción anglosajona y como su noción continental²¹⁰⁴. Ese sentido tiene el que se “redacte y suscriba” por los administradores²¹⁰⁵, no limitándose esa referencia a la imposición de la forma documental²¹⁰⁶, que no obstante no debe minimizarse, en la medida en que supone una inequívoca forma de determinar la fecha de su vigencia²¹⁰⁷, dada la normal existencia de una compleja fase anterior de tratos preliminares.

Se diferencia así de los “acuerdos”²¹⁰⁸ sociales y de otras relaciones jurídicas que pueden también generar derechos y obligaciones²¹⁰⁹. Precisamente porque el proyecto “común” de fusión constituye un negocio de naturaleza contractual, los administradores de cada una de las sociedades participantes en el mismo, han de elaborar un “informe”, denominado “Informe de los órganos de dirección o administración”, destinado a los socios, en el que se explicarán y justificarán los aspectos legales y económicos de la fusión transfronteriza, y se explicarán las “*implicaciones de dicha fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores*” que “*se pondrá a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, de los propios trabajadores, en un plazo no inferior a un mes antes de la fecha de la junta general*”²¹¹⁰.

La naturaleza jurídica contractual del proyecto o plan “común” de fusión²¹¹¹, explica asimismo porque se establece que los administradores, una vez suscrito el proyecto común de fusión, se abstendrán de realizar cualquier clase de acto o de concluir cualquier contrato que pudiera comprometa la aprobación del proyecto²¹¹². Asimismo explica por qué la modificación del proyecto o plan de fusión únicamente se puede llevar a cabo si está prevista en el propio proyecto o plan de fusión, y que el abandono del proyecto de fusión puede conllevar consecuencias indemnizatorias²¹¹³. Aquella naturaleza contractual del proyecto o plan de fusión no impide que su eficacia vinculatoria de las partes, o actualidad, este sometida, en caso de que haya de ser aprobado por la Junta general de accionistas, a que se produzca esa circunstancia que opera modo de *conditio iuris*²¹¹⁴, en la medida en que se puede considerar como un presupuesto fáctico o jurídico, determinado legalmente, que es indispensable para que aquel negocio jurídico sea tenga actualidad, esto sea eficaz jurídicamente respecto de la vinculación de las partes, por más que todavía no se despliegan los efectos característicos de la fusión, para ello se necesitará algo más, la documentación del acuerdo, en su caso en un instrumento específico, y la inscripción o depósito registral del mismo. Todo lo cual es consecuente con la observación de que el proyecto común de fusión “*no vincula, por consiguiente a las sociedades intervinientes en la operación en tanto no tenga lugar la votación de los socios a favor de la fusión sobre la base del proyecto que les es sometido su consideración*”²¹¹⁵.

La elaboración por los administradores del proyecto o plan “común” de fusión corresponde en exclusiva de los mismos²¹¹⁶, actuando una competencia propia²¹¹⁷, que además ha de actuarse “necesariamente”²¹¹⁸ para que se desarrolle el proceso mismo de fusión, todo ello sin perjuicio de que otras personas hubieran intervenido en las

negociaciones previas o tratos preliminares. Sin embargo la intervención de la Junta general²¹¹⁹ de accionistas no siempre es precisa²¹²⁰ necesaria²¹²¹, por más que tenga atribuida normalmente la competencia para decidir sobre la fusión transfronteriza de sociedades anónimas²¹²².

La Directiva 2005/56, en su artículo 5 se limita a establecer que “*los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen concebirán un proyecto común de fusión transfronteriza*”, sin referirse a si el acuerdo de los administradores ha de ser unánime. Precisando más, el artículo 5.1 de la Directiva 2011/35, establece que “*los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionen establecerán por escrito un proyecto de fusión*”, y el artículo 30.1 de la LME dispone que “*los administradores de cada una de las sociedades que participen en la fusión habrán de redactar y suscribir un proyecto común de fusión. Si falta la firma de alguno de ellos, se señalará al final del proyecto, con indicación de la causa*”. Aclara la Directiva 2005/56 que “*el proyecto común de fusión transfronteriza debe realizarse en los mismos términos para cada una de las sociedades afectadas en los distintos Estados miembros*”²¹²³, pero no se aclara si ha de ser adoptado por unanimidad o por mayoría²¹²⁴. La cuestión ha de resolverse según la legislación aplicable, de tal manera que para el registrador español, “*basta con la presencia de alguna firma. En representación de éstas y la indicación del cargo del suscriptor, pero el control, de su número, o de la competencia para asumir el proyecto, sólo corresponderá a la autoridad de su nacionalidad, y tal comprobación se hará visible en la certificación previa*”²¹²⁵.

La MBCA, en su Sección 11.04, establece que: “*(b) El consejo de administración tiene también que transmitir a los accionistas una recomendación de que los accionistas aprueben el proyecto, salvo que el consejo determine que como consecuencia de conflictos de interés u otras circunstancias especiales, no debe realizar tal recomendación, en cuyo caso el consejo de administración tiene que transmitir a los accionistas las bases para tal determinación*”²¹²⁶ lo que puede interpretarse en el sentido de que no es necesario que el proyecto sea adoptado por unanimidad. Lo cual, en definitiva, es más razonable sea la forma de administración conjunta²¹²⁷ o de consejo de administración²¹²⁸.

Si a ello se añade la posibilidad de condicionar el plan de fusión según Model Business Corporation Act, conforme a la Sección 11.04.(c), que establece “*(c) El consejo de administración puede condicionar su remisión del proyecto de fusión a los accionistas sobre cualquier base*”²¹²⁹, no parece que sea necesariamente exigible la unanimidad en la decisión de los administradores para la aprobación del proyecto de fusión.

11.2.3. Sobre la “unicidad” del proyecto de fusión.

Es “EL” proyecto de fusión, el único y con el mismo contenido, el que será sometido a la junta de accionistas de cada una de las sociedades que se fusionan; incluso si antes de que se pronuncien los accionistas, de consuno, se haya introducido alguna modificación del texto inicial para adecuar su contenido a los cambios importantes que eventualmente, hubieren acaecido, desde la fecha de redacción del proyecto. Esto es, la

propuesta presentada a cada una de las juntas de socios ha de ser idéntica (...). Puede tratarse de una copia suscrita sólo por los administradores de todas las sociedades que se fusionan. Lo que realmente importa es el la convergencia de contenido entre los diversos acuerdos de fusión de cada una de las sociedades que se fusionan, que elevan a escritura pública en vistas de su inscripción: es decir, que hayan sido adoptados en los mismos términos, con arreglo al mismo y único proyecto de fusión entendido materialmente. Es el objeto del control de legalidad de la fusión transfronteriza que se encomienda a la autoridad competente (en España, el registrador Mercantil) en el art. 11 de la Directiva sobre fusiones transfronterizas²¹³⁰.

Como ya se indicó, según la Directiva 2005/56, el proyecto común de fusión transfronteriza debe realizarse en los mismos términos para cada una de las sociedades afectadas en los distintos Estados miembros²¹³¹.

Es contundente esa manifestación de la Directiva que se extiende no solo al contenido mínimo del proyecto de fusión sino también al eventual contenido adicional a ese mínimo establecido por aquella norma de la Unión Europea. Efectivamente, según su Considerando 4. *“El proyecto común de fusión transfronteriza debe realizarse en los mismos términos para cada una de las sociedades afectadas en los distintos Estados miembros. Procede, por lo tanto, precisar el contenido mínimo de este proyecto común, manteniendo las sociedades en cuestión su libertad para ponerse de acuerdo sobre otros elementos del proyecto”*. La circunstancia de que el proyecto de fusión *“deba redactarse en cada una de las lenguas de los Estados miembros de origen de las sociedades implicadas, puesto que de ello depende la efectividad del derecho de información de los socios de aquellas”*²¹³², no atenta contra la unicidad del proyecto de fusión, pero sí puede plantear difíciles cuestiones interpretativas, derivadas de la imposibilidad de la traducción de determinados términos o expresiones.

El proyecto o plan de fusión pueda tener un contenido más extenso que el mínimo adicional, lo cual es deducible de la expresión “al menos” utilizada en los artículos 5 de las Directivas 2005/56 y 2011/35, y en los artículos 31 y 59.1 LME.

Explícitamente el Comentario Oficial a la sección 11.02 apartado 3, segundo párrafo, de la Merger MBCA aclara que *“aunque el capítulo 11 no impone virtualmente ninguna restricción o limitación acerca de los términos o condiciones de una fusión, la sección 11.02.(c) requiere que los términos y condiciones estén recogidos en el plan proyecto de fusión”*²¹³³. La Delaware General Corporation Law, en su sección 252, señala que el proyecto de fusión puede contener: *“tales otros detalles o previsiones como se entienda deseable, incluyendo sin limitar la generalidad de lo anterior, una previsión para el pago de efectivo en lugar de la emisión o el reconocimiento de acciones fraccionadas de la corporación superviviente o resultante o de valores de cualquier otra corporación que vayan a ser recibidos en la fusión o consolidación, o por cualesquiera otro acuerdos con respecto a estos consistente con la Sección 155 de este título”*²¹³⁴. En el mismo sentido la New York Business Corporation Law, párrafo § 902 indica que el proyecto de fusión puede contener *“(5) cualesquiera otras previsiones con respecto a la fusión o consolidación propuesta como el consejo considere necesarias o deseables”*²¹³⁵. Las previsiones legislativas citadas anteriormente u otras con

semejante alcance²¹³⁶, no puede considerarse que atenten contra la exigible unidad o unicidad del proyecto o plan de fusión “común”, exigible además por su propia naturaleza jurídica.

11.2.4. El contenido del proyecto o plan de fusión.

La fusión debe realizarse en los mismos términos para cada una de las sociedades afectadas en los distintos Estados. La consecuencia de este requisito es que debe precisarse el contenido mínimo de ese proyecto común conforme al que se realizará la fusión transfronteriza, manteniendo no obstante las sociedades anónimas participantes en el proyecto de fusión transfronteriza su libertad para ponerse de acuerdo entre ellas sobre otros elementos que deseen abordar en aquel proyecto.

El contenido del proyecto de fusión puede depender de que se esté en un sistema armonizado regionalmente, como la Unión Europea, y la fusión transfronteriza de sociedades anónimas se pretenda llevar a efecto lo sea entre sociedades anónimas cuyas *lex societatis* determinen la aplicabilidad a las mismas de algunos de los ordenamientos de los Estados incluidos en ese espacio regional²¹³⁷, o se esté fuera de ese supuesto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, pero que también puede estar armonizado o coordinado de otra manera, así mediante normas modelo como la MBCA.

En el primer caso, esto es cuando la fusión sea intracomunitaria, la Directiva 2005/56, establece en su artículo 5, que proyecto de fusión contendrá, al menos:

- (i) la forma, denominación y domicilio social de las sociedades que se fusionen y los previstos para la sociedad resultante de la fusión transfronteriza;
- (ii) la proporción aplicable al canje de los títulos o participaciones del capital social y, en su caso, el importe de cualquier pago en efectivo;
- (iii) las formas de entrega de los títulos o participaciones representativos del capital social de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza;
- (iv) d) las posibles consecuencias de la fusión transfronteriza sobre el empleo;
- (v) e) la fecha a partir de la cual estos títulos o participaciones representativos del capital social darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho;
- (vi) f) la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se fusionen se considerarán, desde el punto de vista contable, como realizadas por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza;

- (vii) los derechos conferidos por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza a los socios que tuviesen derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las medidas propuestas que les conciernan;
- (viii) todas las ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen;
- (ix) los estatutos de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza;
- (x) si procede, información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16;
- (xi) información sobre la evaluación del patrimonio activo y pasivo transferido a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza; y
- (xii) las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión transfronteriza.

En nuestro ordenamiento jurídico ese contenido se corresponde sustancialmente con el contenido del artículo 31 LME, al que se remite, para las fusiones transfronterizas intracomunitarias el artículo 59, de la misma norma, por la que se adapta nuestro ordenamiento a la Directiva 2005/56, debiéndosele añadir, por tanto, lo previsto en el precitado artículo 59. Efectivamente según el mencionado precepto: “1. *El proyecto común de fusión transfronteriza que habrán de redactar los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión contendrá al menos las menciones establecidas con carácter general para el proyecto común de fusión de sociedades.* 2. *El proyecto deberá incluir, además, las menciones siguientes: 1.ª Las ventajas particulares atribuidas a los expertos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen. 2.ª Si procede, la información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de esta Ley*”. Precisiones estas últimas necesarias, en cuanto que en otro caso se incumpliría lo establecido en la Directiva 2005/56. Como ya hemos mencionado, puesto que “*el proyecto es único, en el caso de que las legislaciones nacionales exijan otros requisitos, se acumularán las menciones y, en su caso, se deberán cumplir los requisitos formales por la otra legislación concurrente*”²¹³⁸.

En una comparativa entre el contenido mínimo exigible por los artículos 5 de la Directiva 2005/56 (DFT), de la Directiva 2011/35 (DF), de la derogada Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones de las sociedades

anónimas (DF78), y los artículos 31 y 59 de la Ley 3/2009 (DE,31 y DE,59)²¹³⁹, el resultado, siguiendo el orden establecido en la Directiva 2005/56, sería el siguiente:

- (i) *“a) la forma, denominación y domicilio social de las sociedades que se fusionen y los previstos para la sociedad resultante de la fusión transfronteriza” (DFT); “a) la forma, la denominación y el domicilio social de las sociedades que se fusionan” (DF); “a) la forma, la denominación y el domicilio social de las sociedades que se fusionan”, (DF78); “1.ª La denominación, el tipo social y el domicilio de las sociedades que se fusionan y de la sociedad resultante de la fusión, así como los datos identificadores de la inscripción de aquéllas en el Registro Mercantil” (DE,31)*
- (ii) *“b) la proporción aplicable al canje de los títulos o participaciones del capital social y, en su caso, el importe de cualquier pago en efectivo” (DFT); “b) la relación de canje de las acciones y, en su caso, el importe de la compensación en dinero” (DF); “b) la relación de canje de las acciones y, en su caso, el importe de la compensación”, (DF78); “2.ª El tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje”,(DE, 31).*
- (iii) *“c) las formas de entrega de los títulos o participaciones representativos del capital social de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza” (DFT); “c) las modalidades de entrega de las acciones de la sociedad absorbente” (DF); “c) las modalidades de entrega de las acciones de la sociedad absorbente” (DF78);*
- (iv) *“d) las posibles consecuencias de la fusión transfronteriza sobre el empleo” (DFT); “11.ª Las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa” (DE); “3.ª La incidencia que la fusión haya de tener sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante” (DE), . “2.ª Si procede, la información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de esta Ley” (DE, 59).*
- (v) *“e) la fecha a partir de la cual estos títulos o participaciones representativos del capital social darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho”; “d) la fecha a partir de la cual estas acciones darán derecho; d) la fecha a partir de la cual estas acciones darán derecho a participar en los beneficios, así como toda modalidad particular relativa a este derecho” (DF78); “6.ª La fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho a participar en los beneficios, así como toda modalidad particular relativa a este derecho”, (DE);*

- (vi) *“f) la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se fusionen se considerarán, desde el punto de vista contable, como realizadas por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza”, (DFT); “e) la fecha a partir de la cual las operaciones de la sociedad absorbida se considerarán desde el punto de vista contable como realizadas por cuenta de la sociedad absorbente”, (DF); “e) la fecha a partir de la cual las operaciones de la sociedad absorbida se considerarán desde el punto de vista contable como realizadas por cuenta de la sociedad absorbente”, (DF78); “7.ª La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad”, (DE).*
- (vii) *“g) los derechos conferidos por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza a los socios que tuviesen derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las medidas propuestas que les conciernan”, (DFT); “f) los derechos asegurados por la sociedad absorbente a los accionistas que tengan derechos especiales y a los tenedores de títulos que no sean acciones, o las medidas propuestas a su respecto”, (DF); “f) los derechos asegurados por la sociedad absorbente a los accionistas que tengan derechos especiales y a los portadores de títulos que no sean acciones o medidas propuestas a su respecto”, (DF78); “4.ª Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las opciones que se les ofrezcan” (DE).*
- (viii) *“h) todas las ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen”, (DFT); “g) todas las ventajas particulares atribuidas a los peritos en el sentido del artículo 10, apartado 1, así como a los miembros de los órganos de administración, de dirección, de vigilancia o de control de las sociedades que se fusionan”, (DF,31); “g) todas las ventajas particulares atribuidas a los peritos en el sentido del apartado 1 del artículo 10, así como a los miembros de los órganos de administración, de dirección, de vigilancia o de control de las sociedades que se fusionan”, (DF78); “5.ª Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad”, (DE); “1.ª Las ventajas particulares atribuidas a los expertos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen” (DE, 59).*

La comparativa expuesta pone en evidencia que las diferencias, existentes son mínimas y que cuando existen, las más relevantes se refieren a la implicación de los trabajadores en el que no aparecen referencias en el derecho español. Sin embargo éstas diferencias desaparecen tanto para las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas como para las fusiones domésticas o internas, si se toma en consideración lo dispuesto en Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), artículo 64, apartado 4.a), a cuyo tenor

el comité de empresa tiene derecho a “conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa prevista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a éstos”, y apartado 5.d), según el cual el comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre “los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo”.

A ese contenido mínimo debe atribuirse el carácter de “contenido funcionalmente mínimo”²¹⁴⁰, siendo necesario que el posterior contenido definitivo del negocio de fusión se corresponda con el contenido del proyecto de fusión (plan of merger)²¹⁴¹, lo cual no significa que deba efectuarse alusión explícita al proyecto o plan de fusión en el acuerdo o negocio definitivo de fusión²¹⁴². Además a ese contenido mínimo ha de añadirse el de las cláusulas que las sociedades anónimas intervinientes en la fusión, hubieren acordado, pues conviene reiterar que, según la Directiva 2005/56, además de ese contenido necesario, las partes en el proyecto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas siguen “manteniendo su libertad para ponerse de acuerdo sobre otros elementos del proyecto”, y en la medida en que se pongan de acuerdo sobre esos otros elementos, estos acaban asumiendo el carácter de contenido funcionalmente mínimo”, aunque no legalmente “mínimo” para esa concreta fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Si tomamos en consideración la regulación contenida en la MBCA, resulta que se da una coincidencia formal con la regulación de la Unión Europea, de contenidos mínimos exigibles funcionalmente necesarios para las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Efectivamente según la sección 11.02 de la MBCA²¹⁴³, “(c) el proyecto de fusión tiene que incluir:

- (1) El nombre de cada corporación mercantil nacional o extranjera (...) que se fusionará y el nombre de la corporación mercantil nacional o extranjera (...) que será la superviviente de la fusión;
- (2) Los términos y condiciones de la fusión;
- (3) La forma y las bases de conversión de las acciones de cada corporación mercantil nacional o extranjera participante en la fusión en acciones u otros valores, intereses, obligaciones, derechos a adquirir acciones, otros valores o intereses, efectivo, otras propiedades o cualquier combinación de lo anterior;
- (4) Los estatutos sociales de cualquier corporación mercantil nacional o extranjera que se vaya a crear por la fusión o, si no se va a crear ninguna nueva corporación mercantil nacional o extranjera, cualesquiera modificaciones a los estatutos sociales o documentos orgánicos de la entidad superviviente; y
- (5) Cualesquiera otras previsiones requeridas por las normas conforme a las cuales cualquier parte de la fusión esté organizada o le sea aplicable”²¹⁴⁴

Tomando en consideración la MBCA y la Delaware GCL en relación con la Directiva 2205/56 a efectos de un análisis de correspondencia funcional resulta que: el apartado a) del artículo 5 de la Directiva 2005/56, se corresponde con el apartado (1) de la Sección 11.02 (c) de la Model Business Corporation Act, los apartados b) y c) de la Directiva 2005/56 se corresponden con el apartado (3) de la Sección 11.02 (c) de la Model Business Corporation Act, el apartado i) de la Directiva 2005/56 se corresponde con el apartado (4) de la Model Business Corporation Act, y los apartados e), f) g) h), i) y k) de la Directiva 2005/56 se corresponden con los apartados (2) y (5) de la Model Business Corporation Act. Es precisamente el apartado (5) de la Sección 11.02.(c) MBCA el que mediante la remisión que efectúa el que da entrada, en bloque, al contenido de los artículos 5 de la Directiva 2005/56, y 31 y 59 de la Ley 3/2009. Recurriendo a una técnica jurídica de remisión parcialmente diferente la Delaware General Corporation Law, en su sección 252 (c), indica que *“El acuerdo será adoptado, aprobado, certificado, ejecutado y reconocido por cada una de las entidades participantes de conformidad con las normas bajo las que se constituyó, y, en el caso de una corporación de Delaware, de la misma forma que se recoge en la Sección 251 de este título”*²¹⁴⁵. No obstante se obtiene el mismo resultado.

En cuanto al contenido sustantivo del proyecto o plan de fusión consideramos que existen diferencias más aparentes que efectivas o reales que ya han sido enunciadas; para la determinación y precisión del contenido sustantivo de las exigencias del proyecto de fusión nos remitimos al apartado 8.4.2 de esta Tesis y sus correspondientes subapartados. No obstante, conviene efectuar algunas observaciones tomando como referencia la enumeración establecida en el artículo 5 de la Directiva 2005/56. Sin llevar cabo un análisis exhaustivo de cada una de los apartados referidos al contenido del proyecto de fusión según el precitado artículo 5 de la Directiva 2005/56, pues es bastante con el análisis comparativo efectuado, sí deben destacarse los aspectos más relevantes del mismo indicando las posibles diferencias en las regulaciones contenidas en las “normas ejemplares”.

11.2.4.1. La forma, denominación y domicilio social de las sociedades que se fusionen y los previstos para la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.

En relación con la exigencia de hacer constar la forma, denominación y domicilio social de las sociedades que se fusionen y los previstos para la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, establecida en el apartado a) del artículo 5 de la Directiva 2005/56, que coincide con la exigencia de la sección 11.02.(c).1ª de la MBCA, según la cual en el proyecto de fusión o plan of merger, habrá de hacerse constar *“el nombre de cada corporación mercantil nacional o extranjera (...) que se fusionará y el nombre de la corporación mercantil nacional o extranjera (...) que será la superviviente de la fusión”* (*“the name of each domestic or foreign business corporation (...) that will merge and the name of the domestic or foreign business corporation (...) that will be the survivor of the merger”*). Puede observarse que puede haber o no sucesión en la

denominación en relación con la sociedad absorbente, pero no se exigen otras menciones que harían más completa la información facilitada por el proyecto de fusión.²¹⁴⁶.

Adicionalmente, puede cuestionarse si acaso la referencia a la “forma” de la Directiva 2005/56 supone algo más que una referencia a la tipología legal aplicable. La respuesta puede ser positiva, al menos en los aspectos nucleares que determinen cuál ha de ser la “forma” efectiva de esa concreta sociedad, en definitiva, cuáles sean sus elementos definitorios y delimitadores esenciales.

11.2.4.2. El tipo de canje y la manera o las bases de fijar la contrapartida.

La fijación del tipo de canje se concibe como uno de los pilares fundamentales del sistema de protección de los intereses de socios y terceros²¹⁴⁷ en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

El artículo 5 de la Directiva 2005/56, establece que el proyecto de fusión deberá contener “*b) la proporción aplicable al canje de los títulos o participaciones del capital social y, en su caso, el importe de cualquier pago en efectivo*”²¹⁴⁸. De la importancia de la relación de canje da idea la previsión contenida en el artículo 9.1 de la Directiva 2011/35, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas según la cual “*los órganos de administración o de dirección de cada una de las sociedades que se fusionen elaborarán un informe detallado por escrito que explique y justifique desde el punto de vista jurídico y económico el proyecto de fusión y, en particular, la relación de canje de las acciones*”.

Ha de recordarse que la Directiva 2005/56, en su artículo 2.2.a) y b), establece que la fusión origina la transferencia a la sociedad absorbente o de nueva constitución, de la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios de títulos o participaciones representativos del capital social de la otra sociedad o de la nueva sociedad y, en su caso, de una compensación en efectivo que no supere el 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de dichos títulos o participaciones. No obstante, y de seguido, en su apartado 3, indica que no obstante lo dispuesto en aquel artículo 2, apartado 2, “*se aplicará también a las fusiones transfronterizas cuando la legislación de al menos uno de los Estados miembros afectados permita que la compensación en efectivo a que se refieren el artículo 2, apartado 2, letras a) y b), supere el 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de los títulos o participaciones que representen el capital de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza*”. Prevención, esta última, de sentido muy diferente al del artículo 30 de la Directiva 2011/35²¹⁴⁹.

La LME, en su artículo 25, previene que “*en las operaciones de fusión el tipo de canje de las acciones, (...) de las sociedades que participan en la misma debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio*”, y que “*cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas*”. Lo cual será irrelevante en la medida

en que, en una fusión intracomunitaria, la legislación aplicable a una de las sociedades anónimas que participen en la fusión transfronteriza permita superar el límite del diez por ciento (10%) aludido.

La MBCA, en su sección 11.02 determina que el proyecto de fusión o “plan of merger”, ha de establecer: “*La forma y las bases de conversión de las acciones de cada corporación mercantil nacional o extranjera participante en la fusión en acciones u otros valores, intereses, obligaciones, derechos a adquirir acciones, otros valores o intereses, efectivo, otras propiedades o cualquier combinación de lo anterior*”²¹⁵⁰, lo cual supone, como ya se ha indicado, introducir un elemento diferente al canje de acciones, sin duda relevante. Circunstancia que no se ha de ver como una contraposición radical con las previsiones contenidas en los apartados b) y c) del artículo 5 de la Directiva 2005/56.

Efectivamente, es posible hacer coincidir ambas regulaciones, presupuesto que la legislación aplicable a alguna de las sociedades anónimas intervinientes en una fusión intracomunitaria y, en su caso hasta el límite en que aquella normativa legal lo permitiese. Concurrente dicho presupuesto el tema se reconduce a que mediante dicha “compensación” no se esté encubriendo una compraventa de empresas²¹⁵¹ ni se esté operando una exclusión de socios²¹⁵².

En principio ha de considerarse admisible que la compensación supere el 10%, tanto en el supuesto de que exista “*un consentimiento individualizado de los socios*”²¹⁵³, como si los estatutos o en las juntas respectivas se establece un sistema de corrección del tipo de canje mediante indemnizaciones fijadas por expertos²¹⁵⁴. En ambos supuestos debe eliminarse cualquier viso de arbitrariedad o de trato desigual de los socios²¹⁵⁵. Además el artículo 3.2.2 de la Directiva 2005/56 no establece ni ningún tope o límite superior -que no obstante y en todo caso habría de considerarse en el 100% del valor nominal o, a falta de valor nominal, del valor contable de dichos títulos (instrumentos financieros)- a la compensación en “efectivo” que habría de extenderse, por analogía a la posibilidad de cualquiera compensaciones que no fueran en metálico o moneda de curso legal, sino en otros derechos o a cualquier combinación al respecto.

La fijación de “*la proporción aplicable al canje de los títulos o participaciones del capital social y, en su caso, el importe de cualquier pago en efectivo*”, que es “*la rúbrica más relevante del contenido del proyecto de fusión*”²¹⁵⁶, alude al número de acciones de la sociedad absorbente o de nueva creación que han de recibir los socios de las sociedades que se extinguen. Por tanto, constituye en elemento fundamental para la continuidad, en su caso, de aquellos socios²¹⁵⁷, pero no pierde su interés e importancia si aquéllos no continúan como tales en la sociedad absorbente o de nueva creación en cuanto convengan en la percepción de la contrapartida correspondiente. La proporcionalidad es elemento clave. Ha de partirse de la valoración del patrimonio de las sociedades que se fusionan²¹⁵⁸, y que “*una vez determinada la participación de cada sociedad en la formación del valor total de la sociedad resultante, el tipo de canje resulta de una sencilla operación*”²¹⁵⁹.

Esa valoración es en sí misma una operación compleja que fluctúa entre la determinación del valor objetivo y del valor subjetivo, pues constituye una estimación del cálculo del valor definitivo y verdadero del valor del patrimonio de cada una de las sociedades anónimas participes en el procedimiento de fusión transfronteriza ha de ser expuesto en un rango de valores razonable, pero ni al Directiva 2005/56, ni la MBCA, ni, en general, ningún otra norma referida a fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, imponen un criterio de valoración concreto²¹⁶⁰, por más que el artículo 25.1 LME alude al “valor real de su patrimonio”²¹⁶¹, ni cual sea el procedimiento que ha de seguirse a fin de determinar el tipo de canje²¹⁶².

A este respecto, puede afirmarse que obtenido el valor del activo ha de calcularse el de su endeudamiento, que restado del primero dará el valor de los fondos propios²¹⁶³. Procedimiento en el que interferirá la circunstancia de si la sociedad anónima a valorar es o no cotizada²¹⁶⁴. Los posibles procedimientos giran en torno a la valoración con el descuento de los flujos de caja, complementado con métodos de valoración por múltiplos o multiplicadores de empresas comparables, que no actúan como métodos alternativos al descuento de flujos de caja sino como complementarios del mismo²¹⁶⁵. Ha de considerarse también impositivo, de tal manera que deben registrarse los correspondientes activos y pasivos fiscales, lo que supone “*en el activo del balance de la sociedad receptora debe aparecer el bien o derecho por su valor real (el incluido en la relación de canje) mientras que en el pasivo se debe registrar como contrapartida el impuesto diferido correspondiente a la diferencia de valoración. Al efectuarse la correspondiente imputación fiscal de la diferencia temporal surgida, en función de la depreciación experimentada por los bienes y derechos recibidos en la fusión, dicho impuesto diferido se irá dando de baja en contabilidad (reversión del impuesto diferido)*”²¹⁶⁶. La determinación del tipo de canje es una “solución negociada”²¹⁶⁷, por ello se alude corrientemente la “prima de fusión”²¹⁶⁸ como elemento extracontable de corrección valorativa de la paridad de canje y cuya variable funcionalidad es destacable en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. En todo caso ha de mantener la “paridad de trato” como manifestación del tratamiento igual, “tratamiento igualitario” que “*no sólo ha de aplicarse entre los miembros de las sociedades que se extinguen, con el corolario de que el porcentaje de participación en la nueva sociedad no puede comportar, con ocasión del proceso de fusión ventajas o perjuicios, sino que rige asimismo respecto de los socios de la sociedad absorbente, de tal suerte que también en este caso la equivalencia entre el valor de las acciones recibidas y las antiguas debe quedar de algún modo garantizada*”²¹⁶⁹.

La Directiva 2005/56 no alude a las posibles indemnizaciones complementaria, de estar fijado el tipo de canjea la relación de canje por debajo de su valor, ni al balance de fusión aunque en alguna medida lo presuponga al aludir, en el artículo 5.k), a la inclusión en el proyecto de fusión de la información sobre la evaluación del patrimonio activo y pasivo transferido a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza. Efectivamente “el balance de fusión desempeña una primaria y básica función informativa de los socios de las situaciones patrimoniales respectivas de las sociedades participantes en la fusión. En este sentido, puede decirse que ilustra, aunque no “prueba” la relación de canje fijada”²¹⁷⁰. Tampoco alude aquella norma comunitaria a las indemnizaciones por daños y perjuicios.

Sin embargo, la MBCA señala que los “*accionistas de una corporación nacional que es parte de una fusión pueden tener derechos a obtener una valoración*”²¹⁷¹, bien que su aplicación sea limitada, pues “*los derechos a obtener una valoración en relación con fusiones (...) bajo el capítulo 11 y disposiciones de activos que requieran la aprobación de los accionistas conforme al Capítulo 12, son otorgados cuando estas dos condiciones coexisten. Cada una de estas acciones resultará en un cambio fundamental en las acciones que un accionista en desacuerdo podría entender que no fueron adecuadamente compensadas por los términos aprobados por la mayoría. Excepto para los accionistas de una corporación filial que es fusionada de conformidad con la Sección 11.05 (la “fusión abreviada”), solo aquellos accionistas que tienen derecho a votar en una transacción tienen derecho a obtener una valoración. La vinculación entre el voto y los derechos a obtener una valoración está justificada porque el derecho al voto de los accionistas es un buen indicador para asegurar la seriedad del cambio contemplado por la operación societaria. Esto es especialmente cierto cuando la operación desencadena previsiones de voto de grupo*”²¹⁷².

En nuestro derecho interno, al que hará que acudir, en su caso, en virtud de la remisión efectuada por la Directiva 2005/56, pueden exigirse indemnizaciones complementarias y por resarcimiento de los daños y perjuicios causados. El artículo 38, párrafo segundo LME, establece que “*a solicitud del socio que se considere perjudicado por la relación de canje establecida, podrá someterse al Registrador mercantil del domicilio social la designación de experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria, siempre que así se hubiera previsto en los estatutos o decidido expresamente por las juntas que acuerden la fusión o escisión de sociedades*”. Lo que no exime al Registrador Mercantil de su obligación de efectuar una correcta apreciación del tipo de canje establecido al llevar a cabo la inscripción de la fusión, todo ello sin perjuicio de las indemnizaciones pertinentes, al tenor de la establecido en artículo 47 de la misma Ley, según el cual “*ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley*”, interpretado *a contrario sensu*, precepto que añade que “*quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados*”²¹⁷³.

La mención relativa al tipo de canje no afectará a las acciones de las sociedades que participan en la fusión y les pertenezcan. Contundentemente el artículo 26 LME, titulado expresivamente “Prohibición de canje de participaciones propias”, establece que “*las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades que se fusionan, que estuvieran en poder de cualquiera de ellas o en poder de otras personas que actuaran en su propio nombre, pero por cuenta de esas sociedades, no podrán canjearse por acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante de la fusión y, en su caso, deberán ser amortizadas o extinguidas*”. La razón para la eliminación de esta previsión del Proyecto de Fusión se establece en el artículo 15, en relación con el artículo 5.b), de la Directiva 2005/56, y es idéntica a la que se establece en el artículo 29 en relación con el artículo 5.2. b) de la Directiva 2011/35.

11.2.4.3 Las formas de entrega de los títulos o valores representativos del capital social, o de transferencia de la contrapartida, de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.

En cuanto a las formas de entrega de los títulos o valores representativos del capital social de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, exigencia contenida en el apartado c) del artículo 5 de la Directiva 2005/56, supone razonablemente una remisión a las regulaciones societarias nacionales y de mercados de valores existentes tanto nacionales como a nivel de la Unión Europea²¹⁷⁴. Pero sí ha de hacerse constar en el proyecto o plan de fusión, como exigencia concreta de las “normas ejemplares”. Esto es, *“el procedimiento de canje se sustancia en la fijación de las técnicas mediante las cuales la sociedad absorbente o la sociedad de nueva creación dan cumplimiento a su obligación de la posición de los socios de las sociedades extinguidas”*²¹⁷⁵. Naturalmente cuando el socio recibe la contrapartida y no continúa como tal, entonces esa referencia ha de entenderse efectuada a la “manner and basis of converting” en la contrapartida correspondiente, sea o no efectivo.

11.2.4.4. Las consecuencias sobre el empleo (“sucesión de empresa”, traslados colectivos y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, despidos colectivos y suspensiones temporales colectivas de las relaciones laborales, mejoras de prestaciones de Seguridad Social, compromisos de pensiones y derechos informativos de los trabajadores).

La indicación de las posibles consecuencias de la fusión transfronteriza sobre el empleo, requieren una doble consideración. Por una parte, ha de deslindarse de la implicación y participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, al tratarse de un apartado concreto que ha de contener el proyecto de fusión, previsto explícitamente en el apartado k) de aquel artículo 5, y, por otra parte, ha de tomarse con el alcance y en el sentido estricto que establece la legislación laboral. Procede recordar la amplitud con que la Directiva 2005/56 se refiere al fenómeno sucesorio laboral que, desde luego, abarca todas las obligaciones informativas debidas a los representantes de los trabajadores y, en su caso, a los trabajadores mismos. Según su artículo 14.4 *“los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza se transferirán, en razón de este hecho, a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto”*.

De tal manera que no se limita el efecto “sucesión de empresa”, a la continuidad de la relaciones laborales, sino que conlleva todas las obligaciones informativas propias del acontecer sucesorio laboral. Esto es, además del efecto subrogatorio por la absorbente o sociedad de nueva creación en los derechos y deberes dimanantes de las relaciones laborales existente en la absorbida o en las demás sociedades anónimas que se extinguen, en lo que basta una remisión al epígrafe 8.4.2.3.5 y correspondientes subepígrafes, las sociedades anónimas participantes en la fusión transfronteriza deberán informar a los

representantes de sus trabajadores respectivos afectados por un traspaso de los aspectos siguientes: (i) la fecha o la fecha prevista del traspaso; (ii) los motivos del traspaso; (iii) las consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores; y (iv) las medidas previstas respecto de los trabajadores. La sociedad anónima absorbente está obligada a comunicar estas informaciones a los representantes de sus trabajadores con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y de trabajo por el traspaso. En el supuesto de que aquellas sociedades previnieran la adopción de medidas en relación con sus trabajadores respectivos, estarán obligados a consultar tales medidas, con la suficiente antelación, con los representantes de sus trabajadores respectivos, con el fin de llegar a un acuerdo. En caso de que en una de las empresa o en un centro de actividad, de las sociedades anónimas participante en el proceso de fusión transfronteriza, y por motivos ajenos a la voluntad de los trabajadores, no hubiere representantes de éstos, los trabajadores afectados sean informados previamente: (i) de la fecha o la fecha prevista del traspaso; (ii) de los motivos del traspaso; y (iii) de las consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores²¹⁷⁶. Todo ello sin perjuicio del derecho que tiene el comité de empresa a emitir informe en los procesos de fusión que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo (artículo 64.5.d, del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, TREIT).

Ha de repararse en que el informe elaborado por los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen destinado a los socios, explicará y justificará los aspectos legales y económicos de la fusión transfronteriza y se explicarán las implicaciones de dicha fusión para los trabajadores, y se podrá informe se pondrá a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, de los propios trabajadores, en un plazo no inferior a un mes antes de la fecha de la junta general convocada para aprobar, en su caso, la fusión. La opinión de los representantes de los trabajadores se anexará a dicho informe, si los órganos de dirección o de administración de cualquiera de las sociedades que se fusionan la reciban a tiempo (artículo 7 de la Directiva 2005/56)

Cuando fuere aplicable nuestra legislación los efectos subrogatorios, y consecuentemente informativos, se amplían en la medida en que el artículo 44.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (TRLET) establece que *“el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”*²¹⁷⁷. Con la previsión específica de que, según establece el apartado 9 de aquel artículo 44, que cada una de las sociedades anónimas participantes en el proceso de fusión transfronteriza “que previeren adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus

trabajadores” vendrán obligadas “a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo”. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido específicamente para aquellas medidas laborales.

Los efectos subrogatorios laborales asociados a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas no excluyen la posibilidad de proceder a despidos colectivos o suspensiones temporales colectivas de las relaciones laborales, punto en que procede efectuar una remisión a lo indicado en el subepígrafe 8.4.2.3.1.5.8. En todo caso ha de tenerse en cuenta que si en el periodo de consultas ha de versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y que se ejemplifican *“medidas para evitar o reducir los despidos colectivos”*²¹⁷⁸, *“medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados”*²¹⁷⁹ y que cuando se lleve a cabo un despido colectivo de más de cincuenta trabajadores deberá incluirse en todo caso al inicio del procedimiento, un plan de recolocación externa para los trabajadores afectados por el despido colectivo, a través de empresas de recolocación autorizadas²¹⁸⁰, tales medidas deberán contenerse en el proyecto o plan de fusión. Asimismo, conviene destacar que cuando en el curso de procedimientos de extinción colectiva, suspensión o reducción de jornada de relaciones laborales, se producen fusiones, y se conformare un grupo patológico o laboral de empresas²¹⁸¹, éste se considera o se constituye como tal con todas las consecuencias inherentes a ello²¹⁸². A efectos de cumplimentación de la exigencia de significar las consecuencias para el empleo en el proyecto o plan de fusión ha de tenerse en cuenta la definición de las causas justificativas de los despidos colectivos²¹⁸³, así como que no basta con la mera alusión a su procedencia sino que han de seguirse los trámites pertinentes exigidos por la legislación laboral. Debiendo el despido colectivo ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, en los términos indicados en el artículo 51²¹⁸⁴ de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (TRLET), y siendo así que la consulta con los representantes legales de los trabajadores ha de versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, éstas circunstancias deberán quedar, al menos indicadas en el proyecto o plan de fusión, todo ello sin perjuicio de que la consulta, en los plazos marcados legalmente, se lleve a cabo en una única comisión negociadora, que, en su caso y de existir varios centros de trabajo, quede circunscrita a los centros afectados por el procedimiento.

11.2.4.5. La determinación de la fecha, y de la proporción, a partir de la cual las acciones representativas del capital social darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho.

La determinación, en el proyecto de fusión, de la fecha, y en su caso la proporción²¹⁸⁵, a partir de la cual las acciones representativas del capital social darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho; es exigida por la letra e) del artículo 5 de la Directiva 2005/56.

Es un dato que, por una parte, está en relación con aquella que se hubiere tenido en cuenta para la valoración de la empresa²¹⁸⁶, y por otra parte, se relaciona con el tipo de canje fijado a fin de que éste resulte lo más equilibrado posible²¹⁸⁷. Aquella fecha puede ser anterior o posterior a la del proyecto de fusión, pero si fuera posterior ha de determinarse la posibilidad de que las sociedades participantes en el proceso de fusión repartan dividendo so pena, en otro caso, de que se produzca un vacío patrimonial, por esta vía, de aquella sociedad que lleve a cabo el reparto del dividendo²¹⁸⁸.

11.2.4.6 La determinación de la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se fusionen se considerarán, desde el punto de vista contable, como realizadas por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, la obligación de formular cuentas anuales de las sociedades participantes en aquella fusión, y sus consecuencias contables y fiscales.

La determinación de la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se fusionen se considerarán, desde el punto de vista contable, como realizadas por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, constituye una mención exigida en la letra f) del artículo 5 de la Directiva 2005/56.

Esta mención ha de llevarse a efecto de conformidad con lo establecido en la NIIF 3, cuyos criterios han sido acogidos en nuestro ordenamiento mediante la norma de registro y valoración 19ª del Plan General de Contabilidad.

Con arreglo a aquellas normas financieras y contables si bien el proyecto de fusión ha de mencionar la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan han de considerarse realizadas, a efectos contables, por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio, esta mención ha de estar supeditada a los métodos contables que se establezcan para el registro y valoración de las fusiones.

En la medida en que no existiese normativa, o que ésta permitiese la contabilización desde una fecha pactada en el proceso de fusión, su único límite debía ser el cierre del ejercicio anterior y el momento de eficacia jurídica de la fusión. Sin embargo a partir de la entrada en vigor de la normativa que emana de la Ley 16/2007, cabe concluir que, de

acuerdo con el contenido del nuevo Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, conforme a la metodología de registro contable de las fusiones que queden ubicadas en el ámbito de aplicación de la norma relativa a combinaciones de negocios, no puede designarse de forma potestativa una fecha de fusión a efectos contables distinta de la fecha de adquisición del control.

Sin embargo en el caso de fusiones entre empresas del grupo, desde una perspectiva económica, no existe impedimento para que las sociedades puedan pactar una fecha de eficacia contable de la fusión anterior a la fecha en la que ésta se apruebe o inscriba (y siempre que sea posterior al momento en que dichas empresas formen parte del grupo), considerando siempre el límite del inicio del ejercicio (cuando el ejercicio coincide con el año natural, el 1 de enero), porque el carácter anual de las cuentas obligará en cualquier caso a las sociedades intervinientes a formular sus cuentas anuales en los tres primeros meses del ejercicio siguiente.

No obstante y como criterio general, la fecha de efectos contables en las operaciones de fusión y escisión entre empresas del grupo, será²¹⁸⁹ la de inicio del ejercicio en que se aprueba la fusión siempre que sea posterior al momento en que las sociedades se hubiesen incorporado al grupo. Si una de las sociedades se hubiese incorporado al grupo en el ejercicio en que se produce la fusión, la fecha de efectos contables será la fecha de adquisición. En el supuesto de que las sociedades que intervienen en la operación formasen parte del grupo con anterioridad al inicio del ejercicio inmediato anterior, la información sobre los efectos contables de la fusión no se extenderá a la información comparativa. Si entre la fecha de aprobación de la fusión y la de inscripción en el Registro Mercantil se produce un cierre, la obligación de formular cuentas anuales subsiste para las sociedades que participan en la operación, con el contenido que de ellas proceda de acuerdo con los criterios generales para las combinaciones de negocios²¹⁹⁰.

En los demás supuestos la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio, será la de toma de control efectivo por la sociedad adquirente y, por tanto, sólo a partir de la fecha en que se adopte el acuerdo de la junta de accionistas de la sociedad adquirida sobre el proyecto de fusión, siempre que contenga pronunciamiento sobre la asunción de control del negocio por la adquirente, aunque no podrá referirse a un momento anterior.

En definitiva, en una fusión incluida en el ámbito de las combinaciones de negocios reguladas en la norma de registro y valoración 19ª del Plan General de Contabilidad, la fecha de efectos contables ha de coincidir con la fecha de adquisición, es decir, aquella en la que la sociedad adquirente adquiere el control (poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades) de la sociedad adquirida. En ausencia de un control previo, en cuyo caso, aplicaría la norma de registro y valoración 21ª del Plan General de Contabilidad, la fecha de

toma de control no puede ser anterior a la aprobación en junta general del proyecto de fusión.

En cuanto a la fecha de registro de una fusión a la que sea aplicable la norma de registro y valoración 19ª del Plan General de Contabilidad, y teniendo en cuenta que cuando se obtiene el control de la entidad adquirida es cuando se produce la transmisión contable de los activos y pasivos de la misma. Por tanto, es en este momento cuando las operaciones de la entidad adquirida pueden ser consideradas pertenecientes a la actividad de la empresa adquirente, a efectos de las obligaciones registrales mercantiles, y de la norma de registro y valoración 19ª Combinaciones de negocios (apartado 2) del Plan General de Contabilidad. De tal manera que el registro se ha de referir a la fecha de adquisición, sin perjuicio de la lógica aplicación del principio de importancia relativa. En cualquier caso, la eficacia de la fusión quedará supeditada a la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, a la inscripción de la absorción, y en este sentido ha de señalarse que la obligación de formular cuentas anuales se mantiene hasta la fecha en que las sociedades que participan en la fusión se extingan, con el contenido que de ellas proceda²¹⁹¹.

Ciertamente como la fecha de efectos de la fusión queda supedita a su inscripción o depósito registral. Así se pronuncia expresamente el art. Artículo 46 LME, según el cual “1. *La eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente.* 2. *Una vez inscrita la fusión se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas.*”, en relación con el artículo 55 de la misma Ley y los artículos 17 y 18 de la Directiva 2011/35, 12 y 14 de la Directiva 2005/56. Igualmente, las Secciones 11.02 y 11.07 de la MBCA, afirman que “*a merger takes effect on the date the articles of merger are filed*”²¹⁹²), esto es, la eficacia de la fusión queda supeditada a que se produzca el depósito de la escritura o documento de fusión (“*articles of merger*”).

Por ello, si se produce una fusión por absorción, cuya fecha de inscripción sea posterior al cierre del ejercicio, “*las sociedades participantes deberán formular sus cuentas anuales individuales a dicha fecha de cierre; en concreto, las cuentas anuales de la sociedad absorbente no incluirán los activos y pasivos de la absorbida, que aún no forman parte de su patrimonio, sin perjuicio de que si se han acordado efectos contables con anterioridad a la fecha de fusión, la absorbente habrá asumido la gestión de la absorbida, lo que obligará a informar en la memoria detalladamente respecto del contenido y consecuencias del proceso en marcha, así como a recoger en la cuenta de pérdidas y ganancias los efectos a que se ha hecho referencia, ya que al realizar la sociedad absorbida operaciones por cuenta de otra, se considerarán que son ingresos y gastos en la sociedad por cuenta de la que se realizan, es decir, la absorbente*”²¹⁹³.

Precisando más, puede afirmarse que cuando la fusión se produce entre dos o más sociedades dependientes de una misma dominante, o entre sociedades controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas que actúen conjuntamente, o que se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, la fecha de efectos contables es potestativa y, en consecuencia, las sociedades podrán pactarla libremente, en el intervalo que media entre la fecha de inicio del ejercicio en que se aprueba la fusión y la

fecha de inscripción en el Registro Mercantil, y siempre que sea posterior al momento en que cada una de ellas se hubiese incorporado al grupo. No obstante, si una de las sociedades se ha incorporado al grupo en el ejercicio en que se produce la fusión, la fecha de efectos contables no podrá ser anterior a dicho momento. Por ello los elementos patrimoniales de la citada sociedad se valorarán según los valores contables existentes antes de la operación en sus cuentas anuales individuales. Para el supuesto de que las sociedades que intervengan en la operación de fusión formasen parte del grupo con anterioridad al inicio del ejercicio inmediato anterior, los efectos contables de la fusión en ningún caso se extenderán a la información comparativa, y si entre la fecha de aprobación de la fusión y la de inscripción o depósito registral se produce un cierre, la obligación de formular cuentas anuales subsiste para los sociedades que participan en la operación de fusión, con el contenido que de ellas proceda de acuerdo con lo expuesto en relación con la fecha de efectos contables²¹⁹⁴.

11.2.4.7. Los derechos conferidos por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza a los socios que tuviesen derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las medidas propuestas que les conciernan.

La referencia a “*socios que tuviesen derechos especiales*” y a “*los tenedores de títulos diferentes de las acciones*”, separa netamente, a quienes se refiere dentro de un determinado ordenamiento nacional, pero en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas resulta que puede haber categorías de los mismos que estén reconocidos en un ordenamiento jurídico pero no en otro, por lo cual su subsistencia puede ser problemática²¹⁹⁵.

En el conjunto de los socios que ostentaran “*derechos especiales*” existe una amplia gama de supuestos que van desde los socios con acciones privilegiadas y socios con acciones sin voto hasta los accionistas con ventajas de fundadores o promotores, que no se admiten en todos los ordenamientos europeos, y que “*han de tener necesariamente contenido económico*”²¹⁹⁶.

Éstos últimos podrán estar incluidos en la categoría de socios o accionistas que tuviesen derechos especiales o de tenedores de títulos diferentes de las acciones, según se incorporen o no a títulos nominativos (bonos de fundador o cédulas beneficiarias). Los derechos especiales tienen la importante protección de que han de figurar en los estatutos y no podrán ser modificados o extinguidos sin el consentimiento individual de cada promotor o fundador²¹⁹⁷. Por el contrario los bonos de disfrute²¹⁹⁸, también ocasionalmente denominadas “acciones de disfrute” se incluyen en la categoría de tenedores de títulos “diferentes de las acciones”, en la medida en que “los bonos de disfrute no son acciones”²¹⁹⁹, y suponen la “amortización de las acciones” a cambio de la atribución de bonos de disfrute a los exsocios²²⁰⁰, aunque pueden estar previstos en los estatutos²²⁰¹. Lo que no impide que los titulares de bonos de disfrute tengan derecho a una protección

especial, pues entre las “exigencias especiales” del acuerdo de fusión se encuentra la de que *“será necesario el consentimiento individual de los titulares de derechos especiales distintos de las acciones o participaciones cuando no disfruten, en la sociedad resultante de la fusión, de derechos equivalentes a los que les correspondían en la sociedad extinguida, a no ser que la modificación de tales derechos hubiera sido aprobada, en su caso, por la asamblea de esos titulares”* (artículo 41.2 LME).

Se plantea la cuestión de si los obligacionistas deben de incluirse en la categoría tenedores de títulos “diferentes de las acciones”, ciertamente aquellos tienen otras formas de salvaguardar sus derechos mediante ejercicio del derecho de oposición, abogándose sin embargo favor de que los titulares de obligaciones convertibles sí que deben quedar incluidos en lo que respecta a su derecho de conversión, salvo que se respete su derecho de conversión aplicando el tipo de canje correspondiente²²⁰². No obstante la literalidad de la norma parece incluir a todos los obligacionistas, con independencia del carácter convertible o no de sus obligaciones, y si la asamblea de obligacionistas no aprueba la fusión entonces podrán ejercitar su derecho de oposición que les otorguen las disposiciones sobre protección de los obligacionistas y disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los socios minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión transfronteriza, que hayan adoptado las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea (artículo 4.2 de la Directiva 2005/56), como lo hace la LME, en su artículo 44.2, según el cual los obligacionistas podrán ejercer el derecho de oposición en los mismos términos que los restantes acreedores, salvo que la fusión hubiere sido aprobada por la asamblea de obligacionistas²²⁰³.

11.2.4.8 Ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen.

El art. 5.h) de la Directiva de Fusiones Transfronterizas señala que el proyecto de fusión habrá de contener *“todas las ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen”*.

La finalidad de este requerimiento del proyecto de fusión y su sentido de completitud (*“todas las ventajas particulares”*) es, por una parte que los socios puedan considerar a quién beneficia la fusión, si al interés de la sociedad o a los de los titulares de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control²²⁰⁴, y por otra parte que los socios puedan advertir si existen conflictos de intereses de aquellos con la aprobación de la pretendida fusión, ya que, como precisa la MBCA, en su sección 11.04 (b), *“el consejo de administración tiene también que transmitir a los accionistas una recomendación de que éstos aprueben el plan, salvo que el consejo de administración determinase que por razón de conflictos de interés u otras circunstancias especiales no debe realizar tal recomendación, en cuyo caso el consejo de administración tendrá que confirmar a los accionistas los fundamentos de tal determinación”* (textualmente, *“the board of*

*directors must also transmit to the shareholders a recommendation that the shareholders approve the plan, unless the board of directors makes a determination that because of conflicts of interest or other special circumstances it should not make such a recommendation, in which case the board of directors must transmit to the shareholders the basis for that determination*²²⁰⁵).

La referencia a las ventajas para los peritos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza no se refiere a las retribuciones que les haya fijado el Registrador Mercantil (artículos 340.3 y 349 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, en relación con el artículo 34 LME). Se afirma que como expertos independientes no deberían tener otros beneficios de la fusión que la percepción de la retribución fijada por el registrador Mercantil, en aras de evitar la posible influencia negativa de aquellas ventajas o beneficios en su independencia²²⁰⁶.

La norma comunitaria alude al “estudio” y no a la intervención” en el proyecto de fusión, y no obstante ser criticable que se hubiera utilizado la expresión “intervención”, pues propiamente no intervienen en el proyecto de fusión, ya que su intervención típica siempre se llevaría a efecto sobre un proyecto ya elaborado²²⁰⁷, ambas expresiones pueden interpretarse como referidas a “peritos” que intervengan asesorando y haciendo propuestas a quienes tienen la obligación de elaborar el proyecto de fusión, con la responsabilidad consiguiente²²⁰⁸.

No se trataría de una referencia los a los “expertos” designados por el Registrador Mercantil, cuya retribución les fija éste, sino de otros peritos elegidos o designados por los propios órganos societarios encargados de elaborar el “proyecto común”, y de cuyo trabajo se beneficiarían todas las sociedades participantes en el proyecto de fusión. Esas misma circunstancia conjuntamente con la asunción del riesgo por la adecuada concepción de proyecto de fusión, en alguna medida “por el buen fin de la operación”, justificaría que su retribución se articulase por medio de “ventajas” específicas, previstas en el propio proyecto de fusión.

Los términos “ventajas”, utilizado en este apartado, y “derechos especiales”, referido en el apartado anterior, se diferencian netamente²²⁰⁹. Es más amplio el primero que el segundo, al comprender cualquier tipo de beneficio de naturaleza societaria o no societaria, referida a las sociedades anónimas que participan en la fusión o a otras sociedades, del grupo o extrañas a cualquier grupo o conglomerado, de carácter personal, patrimonial o mixto. El límite respecto los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen, es que las “ventajas” atribuidas no supongan atentar a sus deberes de conducta y de diligente administración y especialmente a su deber de lealtad, señaladamente los conflictos de intereses en relación con las demás sociedades anónimas participantes en el proceso de fusión transfronteriza²²¹⁰.

11.2.4.9. Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.

En la letra i) del artículo 5 de la Directiva 2005/56, se previene que el proyecto de fusión ha de hacer mención de “*los estatutos de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza*”, bien se efectúe la fusión por absorción o mediante la constitución de una nueva sociedad²²¹¹.

Aquella escueta redacción se contrapone a la previsión efectuada en la Sección 11.02.c.(4) de la MBCA, según la cual en el proyecto de fusión o “plan of merger” ha de hacerse constar “los estatutos sociales de cualquier corporación mercantil nacional o extranjera (...) que será creada por la fusión o si no se va a crear una nueva corporación mercantil nacional o extranjera como consecuencia de la fusión, cualesquiera modificaciones a los estatutos sociales de la superviviente.”²²¹². Efectivamente, la “Sección 11.02.(c).(4) indica que un proyecto de fusión deberá recoger los estatutos sociales de cualquier corporación (...) que se vaya a crear con la fusión o si no se va a crear una nueva corporación (...) como consecuencia de la fusión, cualesquiera modificaciones a los estatutos sociales de la superviviente. Si una corporación nacional es fusionada en una corporación nacional o extranjera, la sección 11.02.(c) no requiere que los estatutos sociales o documentos organizativos de la superviviente sean incluidos en el proyecto de fusión. Sin embargo, si la aprobación del proyecto de fusión por los accionistas de una corporación nacional a fusionarse en otra de las entidades parte de la fusión fuese exigida conforme a la Sección 11.04, la Sección 11.04(d) exige que los accionistas sean provistos con una copia o resumen de aquellos estatutos sociales o documentos organizativos en relación con el voto para la aprobación de la fusión”²²¹³.

Se trate de una fusión mediante absorción o mediante la constitución de una nueva entidad esa exigencia del proyecto o plan de fusión de fundamenta en la función que tienen los estatutos de ser norma de organización y funcionamiento de la entidad que resulta de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas²²¹⁴. En el primer supuesto parece razonable que únicamente se hagan figuraren el proyecto y plan de fusión las modificaciones estatutarias que se introduzcan en los correspondientes a la sociedad absorbente²²¹⁵, de ahí que alguna legislación establezca que no es necesaria su reproducción cuando ninguna modificación de hubiere introducido²²¹⁶, lo cual sin embargo contraría la finalidad informadora que es atribuible al proyecto o plan de fusión, salvo en el supuesto de junta “acuerdo unánime de fusión” o junta universal²²¹⁷, pero en ese caso ya estaríamos fuera del procedimiento ordinario de fusión, en la “fusión súper simplificada”²²¹⁸.

Las exigencias establecidas en las normas ejemplares y en las legislaciones nacionales que las siguen parecen excluir cualquier interpretación reduccionista de la exigencia de hacer figurar en el proyecto o plan de fusión los estatutos completos o las modificaciones introducidas en los estatutos de la sociedad absorbente²²¹⁹. Tampoco parece razonable hacer constar en el proyecto o plan de fusión los estatutos íntegros de la sociedad absorbente y las modificaciones que se proponen introducir en los mismos como consecuencia de la fusión, pues los primeros son fácilmente accesibles.

11.2.4.10. La información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.

La exigencia a que se refiere este subapartado está recogida en el artículo 5.j) de la Directiva 2005/56 y no tiene parangón en la MBCA²²²⁰.

El fundamento de esta disparidad ha de buscarse en las diferentes culturas de relaciones industriales vigentes en cada uno de los espacios que cubren ambas normas ejemplares.

Indica la Directiva 2005/56²²²¹ que si los trabajadores ejercen derechos de participación en una de las sociedades que se fusionan, con arreglo a los supuestos contemplados en la propia Directiva, “*y si la legislación nacional del Estado miembro en que tenga su domicilio social la sociedad resultante de la fusión transfronteriza no prevé el mismo nivel de participación que el aplicado en las correspondientes sociedades que se fusionan -también en los comités del órgano de control con poderes decisorios-, o no prevé la misma facultad para ejercer derechos a trabajadores de sociedades resultantes de la fusión transfronteriza, la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza así como su implicación en la definición de tales derechos debe regularse*”, precisando que “*a tal fin, deben tomarse como base los principios y procedimientos del Reglamento (CE) no 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, relativo al estatuto de la sociedad anónima europea y de la Directiva 2001/86/CE del Consejo de 8 de octubre de 2001 por la que se completa el estatuto de la sociedad anónima europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, supeditados no obstante a las modificaciones que resulten necesarias, al estar sujeta entonces la sociedad resultante a las legislaciones nacionales de los Estados miembros en que tengan su domicilio social*”²²²².

En principio, la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas estará sujeta a las normas relativas a la participación de los trabajadores vigentes en el Estado miembro en que se encuentre su domicilio social (artículo 16.1 de la Directiva 2005/56). No obstante, prosigue indicando, en su apartado 2, la misma norma comunitaria, no se aplicarán las normas relativas a la participación de los trabajadores vigentes en el Estado miembro en que se encuentre el domicilio social de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, en una peculiar adaptación del principio “antes-después” y de la “cláusula del opting-out”²²²³ de participación de los trabajadores en la Societas Europaea, o “implicación” de los trabajadores, entendiéndose por tal “la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa”²²²⁴. Si procede la aplicación de la legislación española habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas²²²⁵.

Se procederá aplicar el régimen de implicación de los trabajadores aludido siempre y cuando concurra alguna de las dos siguientes condiciones:

- (i) Si al menos una de las sociedades que se fusionan emplea, durante el período de seis meses que precede a la publicación del proyecto de fusión transfronteriza, un número medio de trabajadores superior a 500 y está gestionada en régimen de participación de los trabajadores, mediante la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad, a través bien del derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad, bien del derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad²²²⁶; o
- (ii) Si la legislación nacional aplicable a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza: (a) no prevé al menos el mismo nivel de participación de los trabajadores que el aplicado en las correspondientes sociedades que se fusionan, medido en función de la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano de administración o control, o sus comités, o en el órgano directivo competente dentro de las sociedades para decidir el reparto de los beneficios, o (b) no prevé que los trabajadores de los establecimientos de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza situados en otros Estados miembros puedan ejercer los mismos derechos de participación de que gocen los trabajadores empleados en el Estado miembro donde se encuentre el domicilio social de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.

En el caso en que proceda establecer el derecho de implicación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza no podrá registrarse ninguna sociedad resultante del proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas salvo que los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora hayan negociado con espíritu de colaboración para llegar a un acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores, “nueva categoría” atinente a la cooperación de trabajadores y empresarios consecuente con la internacionalización y la globalización económica²²²⁷, en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Se aplicará así uno de los principios medulares que gobierna la implicación de los trabajadores en la *Societas Europaea*, siendo responsabilidad de los órganos de administración y dirección de las sociedades que participan en el proyecto común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas atender a su implantación²²²⁸.

El proyecto común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, sin perjuicio de la autonomía de las partes, establecerá el ámbito de aplicación del acuerdo, la composición, el número de miembros y la distribución de los puestos del órgano de representación que será el interlocutor del órgano competente de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza en el marco de las disposiciones relativas a la información y consulta de los trabajadores de aquella sociedad, filiales y establecimientos, las atribuciones

y el procedimiento previsto de información y consulta al órgano de representación, la frecuencia de las reuniones del órgano de representación, los recursos financieros y materiales que se asignarán al órgano de representación, en caso de que, durante las negociaciones, las partes decidan establecer uno o más procedimientos de información y de consulta en lugar de establecer un órgano de representación, las modalidades de aplicación de tales procedimientos, en caso de que, durante las negociaciones, las partes decidan establecer normas de participación, los aspectos sustanciales de dichas normas, incluido, en su caso, el número de miembros del órgano de administración de la sociedad resultante de la fusión que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a su designación, los procedimientos a seguir por los trabajadores para elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de tales miembros, así como sus derechos, y la fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración, los casos en los que el acuerdo deberá renegociarse y el procedimiento para su renegociación²²²⁹.

Al regular los principios y procedimientos antes referidos, la legislación de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, habrá de otorgarse a los órganos competentes de las sociedades que participen en la fusión el derecho de optar, sin negociación previa, por estar directamente sujetas a las disposiciones de referencia para la participación contempladas en la letra h) del apartado 3, de la Directiva 2001/86, fijadas por la legislación del Estado miembro en que se establezca el domicilio social de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, y de respetar dichas disposiciones a partir de la fecha de registro.

En todo caso, el establecimiento de la “comisión negociadora” *constituye una “pieza clave esencial en la implantación de la implicación de los trabajadores”*²²³⁰, cualquier que sea la legislación nacional aplicable. Además las disposiciones de referencia para la participación precitada establecerán que los trabajadores de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, de sus filiales y establecimientos o sus órganos de representación tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la aquella sociedad igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes de que se trate antes de la inscripción de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.

En la regulación del derecho de implicación de los trabajadores, cuando proceda implementarlo, el órgano de representación decidirá sobre el reparto de los puestos en el seno del órgano de administración o de control entre los miembros representantes de los trabajadores de las sociedades participantes en la fusión transfronteriza, de las diferentes nacionalidades, o sobre la forma en que los trabajadores de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza pueden recomendar el nombramiento de miembros de estos órganos u oponerse al mismo, en función de la proporción de trabajadores de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza empleados en cada Estado miembro. Si los trabajadores de una o más nacionalidades no están cubiertos por este criterio proporcional, el órgano de representación designará un miembro originario de una de aquellas nacionalidades

miembros, en particular del Estado de la sede estatutaria de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza cuando ello sea oportuno.

La legislación de cada Estado miembro de la nacionalidad de cada una de las sociedades anónimas participantes en el proceso de fusión transfronteriza podrá determinar la forma de reparto de los puestos que le sean atribuidos a aquellas en el seno del órgano de administración o de control. Todo miembro del órgano de administración o, en su caso, del órgano de control de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas que haya sido elegido, designado o recomendado por el órgano de representación o, según los casos, por los trabajadores, será miembro de pleno derecho, con los mismos derechos y obligaciones que los miembros que representen a los accionistas, incluido el derecho de voto.

La legislación de cada Estado miembro de la Unión Europea, en el supuesto de que proceda implantar el derecho de implicación de los trabajadores, conferirá al órgano especial de negociación el derecho a decidir, por mayoría de dos tercios de sus miembros que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de los miembros que representen a los trabajadores en al menos sociedades participantes en el proceso de fusión de nacionalidad de dos Estados miembros diferentes, no iniciar negociaciones o poner fin a las negociaciones ya entabladas, y basarse en las normas de participación vigentes en el Estado miembro en el que vaya a establecerse el domicilio social de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.

Asimismo aquellas legislaciones nacionales podrán, cuando las disposiciones de referencia para la participación sean de aplicación, a raíz de negociaciones previas, no obstante dichas disposiciones, decidir limitar el número de representantes de los trabajadores en el órgano de administración de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza. No obstante, si en una de las sociedades que participan en la fusión figura entre los representantes de los trabajadores al menos una tercera parte de los miembros del órgano de administración o de supervisión, esta limitación no podrá tener por efecto que el número de representantes de los trabajadores en el órgano de administración sea inferior a una tercera parte.

En los supuestos antes referidos, la extensión de los derechos de participación a los trabajadores de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza empleados en otros Estados miembros a que se refiere el apartado 2, letra b), no creará obligaciones para los Estados miembros que hayan optado por tener en cuenta a estos trabajadores en el cálculo de los umbrales de efectivos que den lugar a los derechos de participación en virtud de la legislación nacional. Cuando al menos una de las sociedades que participan en la fusión está gestionada en régimen de participación de los trabajadores y la sociedad resultante de la fusión transfronteriza se rige por dicho sistema, esta última estará obligada a adoptar una forma jurídica que permita el ejercicio de los derechos de participación. Cuando la sociedad resultante de la fusión transfronteriza esté gestionada en régimen de participación de los trabajadores, dicha sociedad deberá tomar medidas para garantizar la protección de los

derechos de los trabajadores en caso de ulteriores fusiones nacionales durante un plazo de tres años después de que la fusión transfronteriza haya surtido efecto, y aplicarán *mutatis mutandis* los criterios de participación e implicación antes referidos.

También se aplicaran cuando proceda imponer el derecho de implicación de los trabajadores antes aludido, *mutatis mutandis*, las disposiciones siguientes de la Directiva 2001/86/CE, artículo 3, apartados 1, 2 y 3, párrafo primero, primer guión, apartado 4, párrafo segundo, y apartados 5 y 7; b) artículo 4, apartados 1 y 2, letras a), g) y h), y apartado 3; c) artículo 5; d) artículo 6; e) artículo 7, apartado 1, párrafo primero, letra b), apartado 2, párrafo segundo, y apartado 3. Sin embargo, a efectos de la fusión transfronteriza, los porcentajes establecidos en el artículo 7, apartado 2, párrafo primero, letra b), de aquella Directiva para la aplicación de las normas de referencia recogidas en la parte 3 del anexo de dicha Directiva se incrementarán del 25 % al 33, 1/3 %; los artículos 8, 10 y 12; el artículo 13, apartado 4, la letra h) parte 3, letra b), del citado anexo.

11.2.4.11. Información sobre la evaluación del patrimonio activo y pasivo transferido a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.

Se afirma que la inclusión de la información sobre la evaluación del patrimonio activo y pasivo transferido a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza. En el proyecto común de fusión se trata de una redundancia del contenido de la memoria de las cuentas anuales, y que por ello deba referirse a las *“valoraciones especiales que se han realizado para determinar el tipo de canje”*²²³¹.

No obstante, en otra interpretación, se precisa que *“para que esta mención añada algo a la información que suministra ya de por sí el balance de fusión (...), lo lógico es entender que bajo ésta rúbrica deberá suministrarse información adicional y, específicamente, la que permita conocer a los interesados el sistema seguido para la contabilización de la operación”*²²³².

Aquí debe también aludirse al deber de lealtad que pesa sobre los órganos de administración o de dirección de cada una de las sociedades que se fusionen que deberán informar a los órganos de administración o de dirección de las otras sociedades implicadas a fin de que estos de cualquier modificación importante del activo y del pasivo sobrevenida entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la fecha de la reunión de las juntas generales llamadas a pronunciarse sobre el mismo²²³³.

No es libérrima la opción de los miembros del órgano de administración o de dirección para la determinación del sistema contable, sino que han de seguirse, con más o menos flexibilidad, determinados criterios financieros y contables que precisan las Normas Internacionales de Contabilidad o de Información Financiera²²³⁴, por lo que resulta que ha de hacer referencia a tales exigencias diferenciando entre fusiones que constituyen combinaciones de negocios y aquellas otras que no constituyen combinaciones de negocios²²³⁵.

11.2.4.11.1 La información sobre la evaluación del patrimonio activo y pasivo transferido a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza que constituya una combinación de negocios.

Esta exigencia del proyecto o plan de fusión, cuando se trata, en términos contables, de “verdaderas fusiones” y no de fusiones “impropias”, exige una determinación precisa de los criterios utilizados en la aplicación de la NIIF 3, que ha devenido de preceptiva aplicación a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, y, por otra parte, porque las normas Internacionales Contabilidad y de Información Financiera constituyen el referente mundial²²³⁶.

En esa perspectiva ha de repararse en que, según la NIIF 3²²³⁷, “una entidad contabilizará cada combinación de negocios mediante la aplicación del método de adquisición. La aplicación del método de adquisición requiere: (a) identificar la entidad adquirente; (b) determinar la fecha de adquisición; (c) reconocer y valorar los activos identificables adquiridos, los pasivos asumidos y cualquier participación no dominante en la adquirida; y (d) reconocer y valorar el fondo de comercio o una ganancia procedente de una compra en condiciones muy ventajosas”. Siendo así que “el método de adquisición supone que la empresa adquirente contabilizará, en la fecha de adquisición, los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos en una combinación de negocios, así como, en su caso, el correspondiente fondo de comercio o diferencia negativa. A partir de dicha fecha se registrarán los ingresos y gastos, así como los flujos de tesorería que correspondan”²²³⁸.

La evaluación del patrimonio activo y pasivo transferido a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, en cuanto que valoración de los mismos conlleva la previa atribución, o lo que es lo mismo, el previo reconocimiento de esos activos y pasivos. Por ello la NIIF 3²²³⁹, precisa, respecto del “reconocimiento y valoración de los activos identificables adquiridos, los pasivos asumidos y cualquier participación no dominante en la adquirida”, como “principio de reconocimiento”, que “en la fecha de adquisición, la adquirente reconocerá de forma separada del fondo de comercio, los activos identificables adquiridos, los pasivos asumidos y cualquier participación no dominante en la adquirida”, y que el reconocimiento de los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos para cumplir las condiciones de reconocimiento como parte de la aplicación del método de adquisición, los activos identificables adquiridos y pasivos asumidos deben satisfacer las definiciones de activos y pasivos del Marco Conceptual para la preparación y presentación de los estados financieros en la fecha de adquisición.

Esto es, como precisa la Norma de Registro y Valoración 19ª “Combinaciones de negocios” del Real Decreto 1514/2007²²⁴⁰, los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos deben cumplir la definición de activo o pasivo incluida en el Marco Conceptual de la Contabilidad, y ser parte de lo que la adquirente y adquirida intercambian en la combinación de negocios, con independencia de que algunos de estos activos y pasivos no hubiesen sido previamente reconocidos en las cuentas anuales de la empresa adquirida o a

la que perteneciese el negocio adquirido por no cumplir los criterios de reconocimiento en dichas cuentas anuales. De tal manera que en la fecha de adquisición, la adquirente clasificará o designará los activos identificables adquiridos y pasivos asumidos de acuerdo con lo dispuesto en las restantes normas de registro y valoración, considerando los términos del proyecto de fusión, las condiciones económicas, criterios contables y de explotación y cualesquiera otras condiciones pertinentes que existan en dicha fecha.

En cuanto a la valoración en sentido estricto, el “principio de valoración”, obliga a que aquella información indique que la adquirente ha valorado los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos a sus valores razonables en la fecha de su adquisición. De tal manera que esa valoración se referirá, en la fecha de adquisición, a los componentes de las participaciones no dominantes en la adquirida que constituyan participaciones de propiedad actuales y otorguen a sus tenedores derecho a una parte proporcional de los activos netos de la entidad en caso de liquidación, bien por: (i) el valor razonable; bien por (i) la parte proporcional que los instrumentos de propiedad actuales representen en los importes reconocidos de los activos netos identificables de la adquirida. Todos los demás componentes de las participaciones no dominantes se valorarán por su valor razonable en la fecha de adquisición, salvo que las NIIF impongan otra base de valoración.

La cuestión más problemática, y que en buena medida justifica esta exigencia sobre el contenido del proyecto o plan de fusión, se traslada a los tipos de activos y pasivos identificables que incluyen partidas para las que se prevén por la propia NIIF 3 “excepciones limitadas al principio de valoración”.

En se orden de consideraciones aquella información habrá de poner de manifiesto²²⁴¹ que: (i) Los activos no corrientes que se han clasificado por la adquirente como mantenidos para la venta se han valorado de acuerdo con lo establecido al respecto en la norma sobre activos no corrientes y grupos enajenables de elementos, mantenidos para la venta; (ii) Los activos y pasivos por impuesto diferido se han reconocido y valorado de acuerdo con lo dispuesto en la norma relativa a impuestos sobre beneficios; (iii) Los activos y pasivos asociados a retribuciones a largo plazo al personal de prestación definida se habrán contabilizado, en la fecha de adquisición, por el valor actual de las retribuciones comprometidas menos el valor razonable de los activos afectos a los compromisos con los que se liquidarán las obligaciones; (iv) El valor actual de las obligaciones habrán incluido en todo caso los costes de los servicios pasados que procedan de cambios en las prestaciones o de la introducción de un plan, antes de la fecha de adquisición, así como las ganancias y pérdidas actuariales que hayan surgido antes de la citada fecha; (v) En el caso de que el registro de un inmovilizado intangible identificado cuya valoración, que no pueda ser calculada por referencia a un mercado activo, ha implicado contabilización de un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias, dicho activo habrá de haberse valorado deduciendo la diferencia negativa, inicialmente calculada, del importe de su valor razonable; (vi) Si la adquirente ha recibido un activo como indemnización frente a alguna contingencia o incertidumbre relacionada con la totalidad o con parte de un activo o pasivo específico, habrá de haberse reconocido y valorado el activo en el mismo momento y de forma

consistente con el elemento que haya generado la citada contingencia o incertidumbre; (vii) La adquirente habrá de haber valorado un derecho readquirido reconocido como un inmovilizado intangible sobre la base del periodo contractual que reste hasta su finalización, con independencia de que un tercero considerase en la determinación de su valor razonable las posibles renovaciones contractuales; y, (viii) En el caso de que el negocio adquirido incorpore obligaciones calificadas como contingencias, habrá de haberse reconocido por la adquirente, como pasivo, el valor razonable de asumir tales obligaciones, siempre y cuando dicho pasivo sea una obligación presente que surja de sucesos pasados y su valor razonable pueda ser medido con suficiente fiabilidad, aunque no sea probable que para liquidar la obligación vaya a producirse una salida de recursos que incorporen beneficios económicos.

Un tema sin duda importante en ese informe, dado que lo es en toda evaluación de cualquier combinación de negocios, incluida naturalmente la que se produce mediante fusión, es la posible aparición del “fondo de comercio”, cuya trascendencia, en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, se “agrandan” precisamente por su implicación en la economía global. Según se desprende de la NIIF 3²²⁴², se evaluará si habrá de reconocerse por la sociedad resultante de la fusión o adquirente, “el fondo de comercio en la fecha de la adquisición”, que se “valorará como el exceso del apartado (a) sobre el (b) siguientes: (a) la suma de: (i) la contraprestación transferida valorada de acuerdo con esta NIIF, que, generalmente, requiere que sea el valor razonable en la fecha de adquisición; (ii) el importe de cualquier participación no dominante en la adquirida valorada de acuerdo con esta NIIF; (b) el importe neto en la fecha de adquisición de los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos valorados de acuerdo con esta NIIF”.

Esto es, el exceso, en la fecha de adquisición, del coste de la combinación de negocios sobre el valor de los activos identificables adquiridos menos el de los pasivos asumidos, se reconocerá como un fondo de comercio, al que le serán de aplicación los criterios contenidos en la norma relativa a normas particulares sobre el inmovilizado intangible. Diferente es el supuesto de que la fusión se lleve a cabo por la sociedad absorbente en condiciones muy ventajosas²²⁴³. Es el supuesto excepcional de que el valor de los activos identificables adquiridos menos el de los pasivos asumidos, fuese superior al coste de la combinación de negocios, en cuyo caso²²⁴⁴ el exceso se contabilizará en la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad resultante de la fusión, como un ingreso, y además, en todo caso, antes de reconocer el citado ingreso se evaluará nuevamente si ha identificado y valorado correctamente tanto los activos identificables adquiridos y pasivos asumidos, como el coste de la combinación. Si en el proceso de identificación y valoración surgen activos de carácter contingente o elementos del inmovilizado intangible para los que no exista un mercado activo, no serán objeto de reconocimiento con el límite de la diferencia negativa anteriormente indicada.

11.2.4.11.2 La información sobre la evaluación del patrimonio activo y pasivo transferido a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza que no constituya una combinación de negocios.

Cuando se trate de fusiones en las que exista una relación de dominio tal que sociedad dominante esté obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, la información sobre la evaluación del patrimonio activo y pasivo transferido a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, no puede reconducirse a la NIIF 3, sino que será a la NIIF 10, “Estados Financieros Consolidados”, a la que habrá de atenderse, y traslativamente a la Norma de Registro y Valoración 21^a “Operaciones entre empresas del grupo”, del Real Decreto 1514/2007.

Ha de tenerse cuanta que, según la NIIF 10, los estados financieros consolidados:

- (i) Reúnen partidas similares del activo, el pasivo, el patrimonio neto, los ingresos, los gastos y los flujos de efectivo de la dominante con los de sus dependientes; (ii) Compensan (eliminan) el importe en libros de la inversión de la dominante en cada dependiente con la parte de patrimonio neto que mantenga la dominante en cada dependiente; (iii) Eliminan por completo el activo, pasivo, patrimonio neto, ingresos, gastos y flujos de efectivo intragrupo relativos a transacciones entre empresas del grupo (las ganancias o pérdidas derivadas de transacciones intragrupo que estén reconocidas en el activo, como existencias o activos fijos, se eliminan por completo).

Las pérdidas intragrupo pueden indicar un deterioro de valor, que requerirá su reconocimiento en los estados financieros consolidados²²⁴⁵.

Además, la sociedad dominante deberá incluir los ingresos y gastos de una dependiente en los estados financieros consolidados a partir de la fecha en que obtenga el control y hasta la fecha en que deje de ejercer control sobre la dependiente. Los ingresos y gastos de una dependiente deberán basarse en los valores de los activos y pasivos reconocidos en los estados financieros consolidados en la fecha de la adquisición²²⁴⁶.

En este punto ha de estarse al contenido de la “Nota del ICAC de 28 de diciembre de 2008 relativa a los criterios aplicables en la formulación de cuentas anuales consolidadas según los criterios del Código de Comercio para los ejercicios que comiencen a partir de 1 de enero de 2008”, que se aplica, como precisa en su conclusión, a “la contabilización de las operaciones de reestructuración intragrupo”²²⁴⁷.

La evaluación del patrimonio activo y pasivo transferido a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza que no constituya una combinación de negocios, en principio²²⁴⁸ obedece a la idea de que las operaciones entre empresas del mismo grupo, con independencia del grado de vinculación entre las empresas del grupo participantes, se contabilizarán de acuerdo con las normas generales. En consecuencia, con carácter general, los elementos objeto de la transacción se contabilizarán en el momento inicial por su valor razonable. En su caso, si el precio acordado en una operación difiriese de su valor razonable, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la

operación. La valoración posterior se realizará de acuerdo con lo previsto en las correspondientes normas.

Específicamente²²⁴⁹, en aquella información habrá de considerarse que en las operaciones de fusión entre empresas del grupo en las que intervenga la empresa dominante del mismo o la dominante de un subgrupo y su dependiente, directa o indirectamente, los elementos patrimoniales adquiridos se valorarán por el importe que correspondería a los mismos, una vez realizada la operación, en las cuentas anuales consolidadas del grupo o subgrupo según las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas. La diferencia que pudiera ponerse de manifiesto en el registro contable por la aplicación de los criterios anteriores, se registrará en una partida de reservas.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando la vinculación dominante-dependiente, previa a la fusión, trae causa de la transmisión entre empresas del grupo de las acciones o participaciones de la dependiente, sin que esta operación origine un nuevo subgrupo obligado a consolidar, el método de adquisición se aplicará tomando como fecha de referencia aquella en que se produce la citada vinculación, siempre que la contraprestación entregada sea distinta a los instrumentos de patrimonio de la adquirente. Aplicándose este mismo criterio en los supuestos de dominio indirecto, cuando la dominante deba compensar a otras sociedades del grupo que no participan en la operación por la pérdida que, en caso contrario, se produciría en el patrimonio neto de estas últimas.

Asimismo habrá de tomarse en cuenta que en el caso de operaciones entre otras empresas del grupo, los elementos patrimoniales adquiridos también se valorarán según sus valores contables en las cuentas anuales consolidadas en la fecha en que se realiza la operación. La diferencia que pudiera ponerse de manifiesto entre el valor neto de los activos y pasivos de la sociedad adquirida, ajustado por el saldo que deba lucir en determinadas las subagrupaciones del patrimonio neto, y cualquier importe correspondiente al capital y prima de emisión que, en su caso, hubiera emitido la sociedad absorbente, se contabilizará en una partida de reservas.

Las cuentas anuales consolidadas que deben utilizarse a efectos de las fusiones entre empresas del grupo serán las del grupo o subgrupo mayor en el que se integren los elementos patrimoniales, cuya sociedad dominante sea española. En el supuesto de que las citadas cuentas no se formularan, al amparo de cualquiera de los motivos de dispensa previstos en las normas de consolidación, se tomarán los valores existentes antes de realizarse la operación en las cuentas anuales individuales de la sociedad aportante. Para cuando la sociedad absorbente deba compensar a otras sociedades del grupo que no participan en la operación por la pérdida que, en caso contrario, se produciría en el patrimonio neto de estas últimas, los elementos patrimoniales de la sociedad absorbida se contabilizarán aplicando las reglas generales²²⁵⁰.

11.2.4.12. Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión transfronteriza.

El reflejo en el proyecto común de fusión de Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión transfronteriza, constituye una exigencia que se justifica, entre otras razones, porque *“los balances de fusión no tienen que ser de la misma fecha en todas las sociedades”*²²⁵¹ que se fusionen.

Esta exigencia es coherente, además, con la obligación de los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen de elaborar un informe destinado a los socios, en el que se explicarán y justificarán los aspectos económicos de la fusión transfronteriza (artículo 7 de la Directiva 2005/56), lo que determina tener que aludir al *“balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado”*²²⁵², y *“permite un mejor control por los socios -y eventualmente los tribunales- de la valoración de las informaciones complementarias”*²²⁵³, que han de ofrecer, en su caso, los aquellos órganos de administración o dirección.

Según establece el artículo 11. 1. de la Directiva 2011/35, todo accionista tendrá derecho, al menos un mes antes de la fecha de la reunión de la junta general llamada a pronunciarse sobre el proyecto de fusión, a tener conocimiento, en el domicilio social, además del proyecto de fusión, de *“las cuentas anuales, así como los informes de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que se fusionen”*, así como *“en su caso, un estado contable cerrado a una fecha que no deberá ser anterior al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión en el caso de que las últimas cuentas anuales se refieran a un ejercicio cuyo final sea anterior en más de seis meses a esta fecha”*. Lo mismo ocurre en nuestro ordenamiento jurídico²²⁵⁴.

Pero no sabrán cuales de aquellos estados financieros han sido considerados a la hora de establecer la relación de canje y los demás extremos relevantes económicamente para sus intereses en la fusión. Por ello es necesario informarles, sin que haya duda al respecto, de cuales de aquellos estados financieros han sido tomados en cuenta para semejantes finalidades.

11.2.4.13 Otros contenidos del proyecto o plan de fusión.

La referencia del artículo 5 de la Directiva 2005/56, a que el proyecto de fusión tendrá *“al menos”* un determinado contenido, posibilita que al mismo se incorporen otros contenidos.

Con más precisión la Model Business Corporation Act, establece, en su Sección 11.02 (c), que *“el proyecto de fusión tiene que incluir”* (textualmente, *“the plan of merger must include”*), lo cual se interpreta en el sentido de que *“el Capítulo 11 no impone virtualmente ninguna restricción o limitación a los términos y condiciones de una fusión”* (textualmente: *“chapter 11 imposes virtually no restrictions or limitations on the terms and conditions of a merger”*). Sin embargo, *“aunque el*

capítulo 11 no impone virtualmente ninguna restricción o limitación a los términos y condiciones de una fusión, la Sección 11.02.(c) exige que los términos y condiciones sean recogidos en el plan de fusión”, debe considerarse que “la lista de la Sección 11.02.(c) de previsiones exigidas en un plan de fusión no es exhaustiva y el plan puede incluir otras previsiones que pudieran ser deseables”²²⁵⁵.

La Sección 251.(b).(6) de la Delaware GCL, establece que el proyecto de fusión o consolidación, puede contener *“aquellos otros detalles o previsiones como fueran deseables, incluyendo, sin limitar la generalidad de lo anterior, una previsión para el pago en efectivo en lugar de la emisión o reconocimiento de acciones fraccionadas, intereses o derechos o para cualquier otro acuerdo en relación con lo anterior”²²⁵⁶.*

La New York Business Corporation Law, Sección 902 (NY Code - Section 902: Plan of merger or consolidation), establece que *“el consejo de cada corporación proponiendo participar en una fusión o consolidación conforme a la Sección 901 (Facultad de fusión o consolidación) adoptará un plan de fusión o consolidación incluyendo (5) aquellas otras previsiones con respecto a la fusión o consolidación propuestas con el consejo considere necesarias o deseables”²²⁵⁷.*

En igual sentido, se cuestiona la posibilidad de añadir al contenido mínimo o necesario establecido tanto en la Directiva 2005/56 como en la MBCA, otros contenidos, que aunque no establecidos con carácter mínimo, sean funcionalmente necesarios para el desarrollo del procedimiento de fusión. Se alude así a las siguientes materias²²⁵⁸: (i) *“la concreción de la limitación de la facultad de los administradores de las sociedades que se fusionan hasta la fecha de realización de la operación, actuada de manera genérica en el art. 30.2. LME”*; (ii) *“la organización de la administración social hasta la fecha en que la operación se inscriba y el organigrama definitivo de la sociedad beneficiaria”*; o (iii) *“la firma del proyecto de fusión por los administradores y las causas que se aleguen, en su caso, por aquellos que se nieguen a firmar (cfr. art. 30.1 LME)”*.

A la vista de nuestro ordenamiento aquellos contenidos parecen efectivamente funcionalmente necesarios, por más que no se enumeren como tales en el artículo 31 LME, cuando establece cuál ha de ser el contenido mínimo del proyecto de fusión. No obstante, sí resultan de necesaria constancia según los artículos 30 y 39.6º de aquella Ley. Ciertamente la previsión contenida en el artículo 30.2 LME, según la cual una vez suscrito el proyecto común de fusión, los administradores de las sociedades que se fusionen se abstendrán de realizar cualquier clase de acto o de concluir cualquier contrato que pudiera comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la relación de canje de las acciones *“no puede interpretarse extensivamente”²²⁵⁹*. Pero, incluso en esos términos, tal previsión legal no se compadece bien con aquellos ordenamientos que admiten que el “plan de fusión” contenga la previsión de su modificabilidad por los administradores societarios, como sucede en la MBCA, cuya sección 11.02. (c). (5) (e), señala que *“el proyecto de fusión puede también incluir una previsión de que éste podría ser modificado con anterioridad al depósito del documento de fusión”²²⁶⁰*, bien que la someta a límites muy concretos.

La exigencia de la “firma” de los administradores, además de constituir una exigencia ineludible, según nuestro ordenamiento, puede considerarse que tiene un alcance

singular. Efectivamente, la exigencia de la firma de los administradores responde a una antigua²²⁶¹ y arraigada tradición societaria mercantil. Por medio de la misma se asume la responsabilidad específica²²⁶² por la veracidad de lo abarcado mediante la firma, se otorga “autenticidad”, dándose fe (no pública), del documento²²⁶³. Consiguientemente, puede considerarse que “*desde la fecha de la firma del proyecto de fusión y, al menos, hasta la fecha de celebración de las juntas de socios respectivas, los administradores de cada sociedad que se fusionan se abstendrán de la realización de cualquier acto o negocio que puedan comportar un especial riesgo patrimonial*”²²⁶⁴.

Mayor enjundia tiene, sin embargo, la determinación de la organización de la administración social hasta que la operación de fusión se inscriba, lo que supone su inalterabilidad hasta esa fecha. No obstante habrá que diferenciar entre la organización de la administración social de la sociedad absorbente o de la de nueva creación, y la organización de la administración social de las demás sociedades que participan en la fusión, que están llamadas a extinguirse.

Respecto de las primeras, la letra i) del artículo 5 de la Directiva 2005/56, obliga establecer en el proyecto de fusión “*los estatutos de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza*”. De la misma manera, la Sección 11.02.(c).(4) de la MBCA, exige que en el plan de fusión se hagan constar “los estatutos sociales de cualquier corporación mercantil nacional o extranjera o los documentos orgánicos de corporación mercantil nacional o extranjera no constituida que se creará por la fusión o si como consecuencia de la fusión no se fuere a crear una nueva corporación mercantil nacional o extranjera cuales”²²⁶⁵.

Efectivamente, la “Sección 11.02.(c)(4) establece que “*el plan de fusión debe recoger los estatutos sociales de cualquier corporación y los documentos de constitución de cualquier otra entidad, que se vaya a crear por la fusión, o si la nueva corporación u otra entidad no ha sido creada por la fusión, cualquier modificación de los estatutos sociales o documentos de constitución de la corporación absorbente. Si una corporación nacional se fusiona en una corporación nacional o extranjera existente u otra entidad, la Sección 11.02 (c) no exige que los estatutos sociales o documentos de constitución de la corporación absorbente sean incluidos en el Proyecto de Fusión. Sin embargo, si la aprobación de un Proyecto de Fusión por los accionistas de una corporación nacional para su fusión en otra parte de la fusión fuese requerido conforme a la Sección 11.04, la sección 11.04.(d) requiere que los accionistas sean provistos de una copia o resumen de tales estatutos sociales o documentos organizativos en conexión con el voto para la aprobación de la fusión*”²²⁶⁶.

En términos de la New York Business Corporation Law, Sección 902 (NY Code - Sección 902: Proyecto de fusión o consolidación), se afirma, respecto del contenido a incluir en el Proyecto de Fusión, que “(4) *En caso de fusión, la declaración de cualquier modificación o cambio en el certificado de constitución de la corporación absorbente afectada por la fusión; en caso de consolidación, todas las declaraciones exigidas para incluirlas en el certificado de constitución de una corporación constituida conforme a este Capítulo*”²²⁶⁷. Respecto de las segundas, aquella constancia puede cuestionarse si tal exigencia puede considerarse implícita en el apartado a) del

artículo 5 de la Directiva 2005/56, según el cual en el proyecto de fusión se ha de indicar cuál sea “la forma” de las sociedades que se fusionen.

El contenido adicional, distinto del anteriormente descrito habrá de ser de carácter patrimonial, como es la propia naturaleza del negocio de fusión. No parece posible que contenidos de otra naturaleza se introduzcan en el proyecto de fusión. Entendiéndose por Derecho patrimonial, aquella parte del Derecho privado que “*comprende las normas y las instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan las actividades económicas del hombre*”²²⁶⁸. Sin que ese contenido adicional pueda delimitar o limitar el contenido necesario establecido legalmente.

Ese contenido adicional del proyecto de fusión plantea la cuestión de si el mismo debe estar a disposición de los socios de todas las sociedades participantes en la fusión, o solamente de los accionistas de la sociedad cuyos administradores hayan decidido incluirlas. Dado el carácter único del proyecto de fusión, y que este contenido se añade al mínimo exigible, parece que deberá ser conocido por todos los accionistas de todas las sociedades participantes en la fusión²²⁶⁹, además ese contenido adicional de alguna manera afectará a los demás sociedades y a sus accionistas.

11.3 El condicionamiento y el sometimiento a término de la fusión.

La Directiva 2005/56 no contiene previsión alguna sobre el posible condicionamiento de la fusión misma, ni de los contenidos del proyecto de fusión. Tampoco la Directiva 2011/24 ni la LME, abordan con carácter general esa cuestión.

Sin embargo alguna legislación se pronuncia al respecto²²⁷⁰, y con carácter general, la MBCA en su Sección 11.02 (d), establece que “*las condiciones de un Proyecto de fusión pueden depender de hechos objetivamente verificables fuera del Proyecto*”. Asimismo, en su Sección 11.04, en relación con las fusiones nacionales, establece que: “*(c) El consejo de administración puede condicionar la remisión del plan de fusión o canje de acciones a los accionistas sobre cualesquiera bases*”, lo cual se interpreta en el sentido de que la “*Sección 11.04 (c) permite al consejo de administración condicionar la remisión del plan de fusión o canje de acciones en cualquier base*”. Entre las condiciones que el consejo de administración puede imponer estarían que el Proyecto no podrá considerarse aprobado (i) *excepto si es aprobado por un voto específico de los accionistas, o por una o más clases o series específicas de acciones, votadas por un grupo de voto separado, o por un específico porcentaje de accionistas desinteresados; o (ii) si los accionistas que tienen más de un parte específica de las acciones en circulación reivindican el derecho a obtener una valoración. El consejo de administración no está limitado por las condiciones de estas clases*”

²²⁷¹.

La Sección 251 (b) (6) de la Delaware General Corporation Law, establece que “*cualquiera de los términos del acuerdo de fusión o consolidación puede ser supeditada a hechos verificables fuera del acuerdo, siempre y cuando la manera en la que tales hechos operarán conforme a las condiciones del acuerdo esté clara y expresamente establecida en el acuerdo de fusión o consolidación. El término “hechos”,*

*tal y como se utiliza en la frase anterior, incluye, pero no se limita, a la ocurrencia de cualquier evento, incluyendo la determinación o acción por cualquier persona u órgano, incluido la sociedad”*²²⁷².

Los efectos de la fusión, en cuanto que se producen por ministerio de la ley, no parece que puedan someterse a condición, no obstante no parece que respecto de determinados contenidos del proyecto de fusión haya de estar excluida cualquier posibilidad de condicionamiento²²⁷³, siempre que no afecte a la existencia misma del contenido mínimo, al ser éste funcionalmente necesario. No puede olvidarse que “*la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen podrá condicionar la realización de la fusión transfronteriza a la ratificación expresa de las disposiciones decididas para la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza*”²²⁷⁴, lo cual, en principio parece que demanda su constancia en el proyecto de fusión y parece abrir la puerta a otros posibles condicionamientos.

Esas condiciones dependerán, a su vez, de que se cumpla la *conditio iuris* de su aprobación por la Junta general de cada sociedad participante en la fusión²²⁷⁵. Ha de repararse en que el deber de someter a conocimiento de la Comisión Europea²²⁷⁶ (de las autoridades nacionales de la competencia, en su caso²²⁷⁷) la fusión, posibilita que la Comisión Europea, al examinar la fusión acompañe la decisión adoptada con arreglo al Reglamento (CE) núm. 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento comunitario de concentraciones), letra b) del apartado 1 del artículo 6²²⁷⁸, de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas afectadas cumplan los compromisos contraídos con la Comisión para compatibilizar la concentración con el mercado común. Se trataría de un condicionamiento, que no supondría el decaimiento del proyecto común de fusión, no obstante el rigor con que se pronuncia nuestro ordenamiento sobre la integridad del proyecto de fusión, y además no entraría en la literalidad de la previsión legal, según la cual “*cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta*” (artículo 401, in fine LME). Apoya esta conclusión que las “*modificaciones menos significativas*”²²⁷⁹ en el proyecto de fusión adoptadas en aras de la autorización de concentración, quedan cubiertas por la autorización original.

Además de a condición el proyecto de fusión y la fusión misma pueden estar sometidas a un término legal²²⁸⁰ o pactado²²⁸¹. Es una cuestión de seguridad jurídica lo que induce o permite la fijación de plazos. Efectivamente, “*la fijación de un plazo para la adopción de una decisión social sobre el proyecto de fusión responde a la necesidad de garantizar la función informadora que incumbe al mismo en relación con los grupos interesados cuyos derechos son objeto de cobertura por la ley*”²²⁸².

11.4. La modificación del proyecto de fusión.

La Directiva 2005/56 no se pronuncia sobre la posibilidad de que el proyecto común de fusión pueda ser modificado, al contrario de lo que se produce en la MBCA,

cuya sección 11.02. (c). (5) (e), establece que “*el Proyecto de Fusión podría incluir también la previsión de que el proyecto pueda ser modificado antes de depositar el documento de fusión, pero si los accionistas de una corporación nacional que es parte de la fusión son requeridos o están legitimados para votar el Proyecto, éste debe prever que después de la aprobación del Proyecto por los accionistas éste no puede ser alterado para modificar: (1) el importe o clase de acciones u otros valores, los intereses idóneos, obligaciones, derechos de adquisición de acciones, otros valores o intereses idóneos, efectivo, u otras propiedades recibidas bajo el Proyecto por los accionistas o propietarios de los intereses idóneos en cualquier parte de la fusión; (2) los estatutos sociales de cualquier sociedad (...) que sobreviva o sea creada como resultado de la fusión, excepto por cambios permitidos por la Sección 10.05 (...) o por tal corporación extranjera (...); o (3) cualesquiera otros términos o condiciones del plan si el cambio pudiera afectar adversamente a tales accionistas en cualquier aspecto material*”²²⁸³.

Hasta que se adopta el “proyecto común” de fusión, se está en trance de negociación por lo que podrá ser modificado en los términos, condiciones y con las consecuencias indicadas en los apartados referidos a los tratos preliminares. La cuestión que se plantea cuando de “modificación” del proyecto de fusión se trata es si acaso éste, una vez adoptado y comunicado a los accionistas o publicado en la forma prescrita legalmente, puede ser objeto de modificaciones o alteraciones, por alguna de las sociedades intervinientes en el proyecto común de fusión o por todas las sociedades intervinientes en el proyecto común de fusión actuando conjuntamente, y qué ocurre cuando el proyecto común de fusión ya ha sido aprobado por alguna o por todas las sociedades intervinientes en el proceso de fusión.

Los administradores de una o de varias de las sociedades sociales que intervienen en la fusión no pueden modificar el proyecto “común” de fusión, habida cuenta de ese característico carácter “común” del mismo y de su naturaleza jurídica, lo cual es coherente con la prescripción establecida de que “*una vez suscrito el proyecto común de fusión, los administradores de las sociedades que se fusionen se abstendrán de realizar cualquier clase de acto o de concluir cualquier contrato que pudiera comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la relación de canje de las acciones*” (artículo 30.2 LME).

Tampoco podrán modificarlo actuando de como uno los administradores de todas las sociedades participantes en el proyecto de fusión si ya ha sido depositado en el Registro Mercantil y comunicado a los accionistas²²⁸⁴.

No obstante, nada se opone a que si el propio proyecto dispone que puede ser modificado por los administradores pueda ser efectivamente modificado por estos, siempre que se den las siguientes condiciones: (i) que se lleve a cabo en los términos previsto por la cláusula que autorice la modificación; y (ii) que no suponga la eliminación de alguno de los requisitos mínimos o funcionalmente necesarios, en la que se lleve a cabo, intervengan o den su consentimiento a la misma los administradores de todas las sociedades participantes en el proyecto de fusión.

Además, será preciso que no se haya producido la votación aprobando el proyecto de fusión por parte de la Junta general de alguna de las sociedades participantes. No es necesario que hayan votado aprobándolo todas las Juntas Generales de todas y cada una de las sociedades que participan en la fusión, pues al tratarse de un proyecto “común”, la votación aprobatoria del mismo por la Junta general de una de las sociedades participantes, determina que aquel salga de la disponibilidad de los administradores de esa sociedad y consiguientemente, por el carácter “común” del proyecto esa indisponibilidad adquiera también carácter “común” para todos los administradores sociales. La circunstancia que determinados ordenamientos jurídicos nacionales, permitan a las Juntas Generales introducir modificaciones en el proyecto de fusión sometido a su aprobación²²⁸⁵ respalda esta exigencia. Finalmente, será necesario que el proyecto modificado sea objeto de depósito y comunicación a los accionistas, según los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales aplicables.

La comunicación del proyecto o plan de fusión a los accionistas y su aprobación por estos reunidos en Junta General y según los tipos y grupos de los mismos, en su caso, parece necesaria, salvo que se excluya legalmente tal requerimiento por no ser razonablemente relevante²²⁸⁶.

No obstante, no sucede lo mismo con el depósito del proyecto de fusión. De esta forma, puede exigirse la presentación o depósito del documento de fusión pero no del proyecto de fusión (algo que en nuestro sistema sí es necesario). En este sentido, el artículo 11.02 de MBCA, indica que “aunque el Capítulo 11 no impone virtualmente ninguna restricción o limitación a los términos y condiciones de una fusión, la Sección 11.02.(c) exige que los términos y condiciones sean recogidos en el Proyecto de Fusión. Esta norma clarifica que el plan de fusión no necesita recogerse en el documento de fusión que van a ser entregados al Secretario de Estado para su depósito después de que la fusión haya sido adoptada y aprobada”²²⁸⁷. En tal caso la posibilidad de modificación parece que no se limita por aquella circunstancia, por lo que el problema se traslada a si el proyecto o plan de fusión puede ser modificado por el acuerdo de la Junta General de accionistas, y si el acuerdo de fusión aprobado por cada sociedad es posible que sea modificado con posterioridad a su aprobación.

Ha de tomarse en consideración que la Junta de cada sociedad participante ha de aprobar el proyecto de fusión y que²²⁸⁸, “*la fusión habrá de ser acordada necesariamente ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión, con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan*” por lo que “*cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta*”. Lo cual supone, por una parte, que aquella propuesta de acuerdo “*ajustada al proyecto de fusión*” ha incorporase al orden del día y debe ser tratado como tal incorporación y las modificaciones del mismo, de tal manera que si no son relevantes, aunque no se ajusten exactamente al proyecto de fusión será válido el acuerdo²²⁸⁹ siempre que hagan lo mismo las demás sociedades participante en la fusión, y en ese sentido, traslativamente pero en sentido temporalmente inverso, se había modificado el proyecto de fusión²²⁹⁰.

Si el propio proyecto de fusión permite a la Junta general su modificación, esa facultad no parece que pueda ser ilimitada, entre otras razones porque la asistencia de los socios la misma no es una obligación sino un derecho o facultad y porque han de compatibilizarse los derechos individuales y de minoría con el poder de la mayoría. A ello se añade la indisponibilidad sobre los estatutos de las demás sociedades intervinientes en la fusión. Por esa razón la MBCA, tras establecer que “*el Proyecto de Fusión puede también recoger una previsión de que éste puede ser modificado antes del depósito del documento de fusión*”, apostilla lo siguiente “*pero si los accionistas de una corporación nacional que sea parte de la fusión son requeridos o se les permite que voten el Proyecto, éste tiene que indicar que subsiguientemente a la aprobación del Proyecto por tales accionista, el Proyecto no puede ser modificado para cambiar: (1) la cantidad o tipo de acciones o valores, intereses elegibles, obligaciones, derechos a adquirir acciones, otros valores o intereses elegibles, efectivo u otras propiedades a recibir conforme al Proyecto por los accionistas o propietarios de intereses elegibles en cualquiera de las partes de la fusión*”; (2) los estatutos sociales de cualquier corporación (...) que sobreviva o sea creada como consecuencia de la fusión, excepto por cambios permitidos por la Sección 11.05 o por previsiones comparables de las normas aplicables a las corporaciones extranjeras (...); o (3) cualesquiera otros términos y condiciones del Proyecto si el cambio pudiera afectar negativamente a los accionistas en cualquier aspecto material”.²²⁹¹

11.5. El “abandono” de la fusión.

Por abandono de la fusión se entiende la separación del proceso de fusión de alguna(s) de las sociedades participantes en el proceso de fusión por decisión de los administradores, cuando se lleva a cabo después de que los administradores hayan aprobado el proyecto común de fusión, incluso si los accionistas han aprobado la fusión, pero antes de que ésta produzca sus efectos con el depósito o registro de la misma.

Constituye una institución no prevista en la Directiva 2006/56, pero sí en la MBCA, en la cual no constituye una institución excepcional²²⁹², según cuya Sección 11.08:

“(a) Salvo que se disponga otra cosa en el Proyecto de Fusión (...) o en las normas conforme a las cuales una corporación extranjera (...), después de que el Proyecto haya sido adoptado y aprobado tal y como se establece en este capítulo, y en cualquier momento antes de que la fusión (...) surta efecto, puede ser abandonado por la corporación nacional que sea parte sin necesidad de ninguna acción por los accionistas, conforme a cualquier procedimiento recogido en el Proyecto de Fusión (...), si tales procedimiento no estuvieran recogidos en el Proyecto de Fusión, en la forma determinada por el consejo de administración, sujeto a cualesquiera derechos contractuales de las otras partes de la fusión (...).”

(b) Si la fusión (...) es abandonada en virtud de la Sección (a) después de que el documento presentado para su depósito al secretario de estado pero antes de que la fusión surta efecto, una declaración de que la fusión (...) ha sido abandonada conforme a esta Sección, ejecutada en representación de una parte de la fusión (...) por un ejecutivo u otro representante debidamente autorizado, deberá ser entregado al secretario

*de estado para su depósito antes de la fecha efectiva de la fusión (...). Tras el depósito, la declaración surtirá efecto y la fusión deberá considerarse abandonada y devendrá efectiva*²²⁹³.

Constituye una institución peculiar en cuanto que autoriza una ruptura contractual, bien que no elimine las consecuencias de todo orden contractuales a favor de las demás sociedades intervinientes en la fusión, incluyendo las reparaciones por daños contractuales y extracontractuales que pudieran haberse producido. Aquella posibilidad está sujeta a determinadas limitaciones, de tal manera que no se podrá llevar a efecto si el propio plan la prohíbe o ha de llevarse a efecto con los requisitos y condiciones que en el mismo se establezcan. Tampoco podrá llevarse a efecto si lo prohíbe la ley aplicable una sociedad participante en el proceso de fusión que pretenda “abandonarla”.

La fusión se resuelve en un procedimiento más o menos largo, lo que determina, especialmente en un sistema económico globalizado, que sea factible la alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta o fueron determinantes para participar en el proyecto de fusión, de ahí la utilidad de sistemas legales que posibiliten una salida ordenada del procedimiento de fusión, bien mediante el pacto de cláusulas específicas de “descuelgue”²²⁹⁴ o “redefinición subjetiva de la fusión” en el propio proyecto de fusión, bien mediante su posibilitación de actuación mediando determinadas circunstancias, o incluso discrecionalmente²²⁹⁵. No obstante, en todo caso el abandono estará sujeto a las obligaciones reparadoras o indemnizatorias pactadas (cláusulas penales), consecuentes con lo previsto el proyecto de fusión, o que se deriven del abandono²²⁹⁶. Se trata de una especie de ineficacia provocada, relativa y sobrevenida del proyecto de fusión²²⁹⁷.

11.6. La obligación de formulación de una OPA, en el supuesto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas cotizadas.

Como consecuencia de una fusión transfronteriza de sociedades anónimas pueden adquirirse posiciones relativas determinantes del deber, para aquellos accionistas que las asuman, de formular una Oferta Pública de Adquisición.

Esta cuestión enlaza con el supuesto de procedimiento de absorción de sociedad participada al noventa por ciento (artículo 50 de la ley 3/2009 y artículos 17 y 28 de la Directiva 2011/35). Su razón se encuentra en que la Directiva 2004/25/CE de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición, “se enmarca en la panoplia de los instrumentos normativos comunitarios que pretenden facilitar la realización de reestructuraciones y concentraciones de sociedades sujetas a distintas legislaciones nacionales para que dichas operaciones societarias no sufran interferencias artificiales y arbitrarias”²²⁹⁸. Las posibles interferencias entre fusiones y OPAs, transfronterizas, se ha puesto de manifiesto con la OPA de CaixaBank sobre el Banco Portugués de Inversión (BPI) y la propuesta del segundo mayor accionista de este último con el Banco Portugués de Inversión o BPI²²⁹⁹.

El carácter transfronterizo de las OPAs deviene porque *“implican uno o varios factores de extranjería: bien sean de carácter subjetivo, porque las partes implicadas como oferente u oferentes y la sociedad afectada tengan sus domicilios sociales o estén sujetas a Ordenamientos nacionales diversos; o bien de tipo objetivo, porque los valores objeto de las mismas están admitidos a negociación en varios mercados regulados ubicados en distintos Estados”*²³⁰⁰. Será intracomunitaria si aquellos mercados están situados en diferentes estados miembros de la Unión Europea²³⁰¹. Extracomunitaria en otro caso (OPE, take-over bid, take-over offer y tender offer). La posible relación entre fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y OPAs transfronterizas, habrá de referirse al supuesto en que aquellas sociedades anónimas tengan diferente nacionalidad.

Su carácter inicialmente voluntario dio paso a su obligatoriedad en busca de la eficiencia de los mercados de valores, pivotando sobre el principio de dirigirse al conjunto de los accionistas de la sociedad objetivo, respetando el principio de igualdad de trato, suponiendo el reparto de la prima de control. Se pretende mediante ella una mejor y más eficiente reestructuración empresarial, en un juego de política económica que se desenvuelve entre la concentración de empresas y la protección de los inversores que acepten la oferta.

La globalización de los mercados de valores, en busca de una mejor financiación empresarial, choca con su fragmentación jurídica, conduciendo a la denominada “trinidad imposible”, esto es, la salvaguarda de la protección y supervisión del mercado, la salvaguarda o defensa de la soberanía nacional, y la obtención de las ventajas de la globalización financiera, finalidades que si no están en directa contraposición sí suponen que la satisfacción de una de ellos supone la minoración o disminución automática de las otras dos. A pesar de la existencia de una pluralidad de sistemas que van desde la matizada autoregulación a las igualmente matizadas regulaciones estatales, la globalización misma fuerza a la implementación de sistemas muy parecidos, en los que el régimen jurídico es similar y el protagonismo supervisor se ubica en entidades públicas independientes. Por ello puede centrarse este apartado en la regulación comunitaria y, traslativamente en nuestro sistema.

Según el artículo 4.5 segundo apartado de la Directiva 2004/25, que *“siempre y cuando se respeten los principios generales contemplados en el apartado 1 del artículo 3, los Estados miembros, en las normas que establezcan o introduzcan en aplicación de la presente Directiva, podrán establecer excepciones a dichas normas mediante: i) la inclusión de dichas excepciones en sus normativas nacionales, con el fin de tener en cuenta las circunstancias determinadas a nivel nacional, y/o ii) la concesión a sus autoridades supervisoras, cuando sean competentes para ello, de la facultad de inhibirse de la aplicación de dichas normativas nacionales con el fin de tener en cuenta las circunstancias contempladas en el inciso i), u otras circunstancias específicas, siendo necesaria en este último caso una decisión motivada”*.

Establece el artículo 3 de la Directiva 2004/24, los siguientes requisitos mínimos o principios generales del régimen de las OPAs: a) todos los titulares de valores de una sociedad afectada de la misma clase deberán recibir un trato equivalente; en particular, cuando una persona adquiera el control de una sociedad, deberá protegerse a los demás

titulares de valores; b) los titulares de valores de una sociedad afectada deberán disponer de tiempo e información suficientes para poder adoptar una decisión respecto a la oferta con pleno conocimiento de causa; a la hora de asesorar a los titulares de valores, el órgano de administración o dirección de la sociedad afectada presentará un dictamen relativo a las repercusiones de la aplicación de la oferta en el empleo, las condiciones de trabajo y la localización de los centros de actividad de la sociedad; c) el órgano de administración o dirección de la sociedad afectada deberá obrar en defensa de los intereses de la sociedad en su conjunto y no denegar a los titulares de valores la posibilidad de decidir sobre la idoneidad de la oferta; d) no deberán crearse falsos mercados de los valores de la sociedad afectada, de la sociedad oferente o de cualquier otra sociedad interesada por la oferta de forma tales que el alza o baja de las cotizaciones de los valores se torne artificial y se falsee el normal funcionamiento de los mercados; e) un oferente únicamente deberá anunciar una oferta una vez se asegure de que pueda hacer frente íntegramente, en su caso, a cualquier oferta de contraprestación en efectivo y previa adopción de todas las medidas razonables para garantizar el cumplimiento de cualquier otro tipo de contraprestación; f) la sociedad afectada no deberá ver sus actividades obstaculizadas durante más tiempo del razonable por el hecho de que sus valores sean objeto de una oferta. Indicando también que los Estados miembros “podrán establecer condiciones complementarias y disposiciones más estrictas” que las previstas en la propia Directiva con vistas a reglamentar las OPAs.

El Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, establece que “no será obligatoria la formulación de una oferta pública de adquisición en los supuestos de fusión”. Precizando que, en tales supuestos, *“estarán exentos de la obligación de formular una oferta pública de adquisición los accionistas de las sociedades o entidades afectadas cuando, como consecuencia de la fusión, alcancen en la sociedad cotizada resultante, directa o indirectamente, el porcentaje de derechos de voto señalado en el artículo 4 y siempre que no hubiesen votado a favor de la fusión en la junta general correspondiente de la sociedad afectada y que pueda justificarse que la operación no tiene como objetivo principal la toma de control sino un objetivo industrial o empresarial”* (artículo 8.g).

A este respecto, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá dispensar de la obligación de formular la oferta pública de adquisición *“cuando se alcance el porcentaje señalado en la letra a) del apartado anterior si otra persona o entidad, individualmente o de forma conjunta con las personas que actúen en concierto con ella, tuviera un porcentaje de voto igual o superior al que tenga el obligado a formular la oferta”* (artículo 4.2).

En sentido positivo u obligatorio, sí estará *“obligado a formular una oferta pública de adquisición por la totalidad de los valores y dirigida a todos sus titulares a un precio equitativo quien alcance el control de una sociedad cotizada”* (artículo 3.1), y *“se entenderá que una persona física o jurídica tiene, individualmente o de forma conjunta con las personas que actúen en concierto con ella, una participación de control de una sociedad cuando se dé uno de los siguientes supuestos: a) Cuando alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30 por 100; o bien, b) cuando haya alcanzado, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto inferior y designe, en los 24 meses siguientes a la fecha de la adquisición del porcentaje inferior, en los términos del artículo 6, un número*

de consejeros que, unidos, en su caso, a los que ya hubiera designado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad” (artículo 4.1). Correspondiendo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordar, en un plazo no superior a quince días a contar desde la presentación de la correspondiente solicitud por el accionista, que no resulta exigible una oferta pública, una vez comprobado que se dan las circunstancias señaladas en el párrafo anterior.

Se limita severamente la exención de la obligación de formular la OPA, en cuanto que se condiciona a que el sujeto(s) en los que concurriesen las circunstancias determinantes del nacimiento de la obligación: a) no hubiesen votado a favor de la fusión en la junta general correspondiente de la sociedad afectada; y b) pueda justificarse que la operación no tiene como objetivo principal la toma de control, sino un objetivo industrial o empresarial. El rigor de la excepción viene dado porque la toma de control es la finalidad natural de una OPA.

La anterior regulación contenida en el Real Decreto 1197/1991 obligaba a la formulación de la OPA en las adquisiciones indirectas o sobrevenidas de una participación significativa en caso de fusión con otra sociedad de otra sociedad o entidad, incluso no admitida a negociación en bolsa de valores o no domiciliada en España, que tuviera participación directa o indirecta en el capital social de una tercera cuyas acciones estén admitidas a negociación. De tal manera que si se tratara de la fusión de una sociedad o entidad de mera tenencia de valores, o de una sociedad o entidad en la que los valores de la sociedad afectada constituyan parte esencial del activo cuya adquisición sea el motivo determinante de la fusión o toma de control, debería formularse oferta pública de adquisición cuando, como consecuencia de la fusión o toma de control, vaya a alcanzarse en la sociedad afectada cualquiera de los porcentajes de participación señalados en la propia norma derogada en los apartados 3 y 4 y en el párrafo a del apartado 6 del artículo 1²³⁰². En todo los supuestos intervenían la sociedad absorbente, la(s) sociedad(s) absorbida(s) y la(s) sociedad(es) afectada(s).

En el régimen actual la excepción parece más justificada que en el sistema anterior, por el propio cambio del sistema de OPAs y, en alguna medida, puede considerarse una consecuencia del nuevo sistema instaurado, según el cual está obligado a formular una oferta pública de adquisición por la totalidad de las acciones u otros valores que directa o indirectamente puedan dar derecho a su suscripción o adquisición y dirigida a todos sus titulares a un precio equitativo quien alcance el control de una sociedad cotizada, en caso de fusión con otra sociedad o entidad, incluso no admitida a negociación en ningún mercado o no domiciliada en España, que tenga participación directa o indirecta en el capital social de una tercera sociedad cotizada. De tal manera que si, como consecuencia del canje de las acciones de una sociedad cotizada derivado de la adquisición de los valores o instrumentos que den lugar a su adquisición, algún accionista llegara a alcanzar cualquiera de los porcentajes de derecho de voto que general el control, dicho socio no podrá ejercer los derechos políticos que excedan de tales porcentajes sin formular una oferta pública de adquisición dirigida a la totalidad del capital social.

Por ello, al igual que no es obligatoria la formulación de la OPA cuando, dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de canje de los valores, aquel accionista enajene el número de acciones necesario para reducir el exceso de derechos de voto sobre los porcentajes señalados y, entre tanto, no se ejerzan los derechos políticos que excedan de los porcentajes de control, o bien se obtenga una dispensa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, también es razonable que en caso de fusión, estén exentos de la obligación de formular una OPA los accionistas de las sociedades o entidades afectadas cuando, como consecuencia de la fusión, alcancen en la sociedad cotizada resultante, directa o indirectamente, el porcentaje de derechos de voto de control, siempre que no hubiesen votado a favor de la fusión en la junta general correspondiente de la sociedad afectada y que pueda justificarse que la operación no tiene como objetivo principal la toma de control sino un objetivo industrial o empresarial.

11.7. La publicidad del proyecto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

La publicidad del proyecto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas puede considerarse desde una doble perspectiva, desde una perspectiva registral o telemática y desde una perspectiva societaria, todo ello sin dejar de considerar su transcendencia en orden al procedimiento mismo de fusión²³⁰³.

En todo caso ha de tenerse en consideración que, según indica el artículo 66, “Publicidad e inscripción de la fusión transfronteriza”, LME que *“será aplicable a la sociedad o sociedades sujetas a la legislación española que participen en la fusión lo dispuesto sobre publicación de las fusiones con carácter general”* y que, en tal caso, *“en el ‘Boletín Oficial del Registro Mercantil’*. Ello supone que deberá publicarse una indicación, para cada una de las sociedades que se fusionen, de las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores y, cuando proceda, de los socios de las sociedades que se fusionen, así como la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre esas condiciones. Además, según el mismo precepto legal, *“cuando la sociedad resultante de la fusión esté sujeta a la legislación española, el Registro Mercantil que haya practicado la inscripción lo notificará de inmediato a los Registros donde estén inscritas las sociedades participantes para que se proceda a su cancelación”*.

Una excepción a los deberes de depósito y publicación la constituye el denominado “acuerdo unánime de fusión”. Así, el artículo 42.1 de LME establece que *“el acuerdo de fusión podrá adoptarse sin necesidad de publicar o depositar previamente los documentos exigidos por la ley (...) cuando se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la fusión, en junta universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente ese derecho”*.²³⁰⁴ Bien entendido que, como indica el artículo 42.2 de aquella misma Ley, *“los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo, no podrán ser restringidos por el hecho de que la fusión sea aprobada en junta universal”*. Esa discrepancia tiene su razón de ser en la autonomía de las relaciones industriales o laborales respecto de las demás

relaciones jurídicas que se desenvuelven en el seno de la sociedad-empresa, y que tiene manifestación en el artículo 12, de la Directiva 2011/35, cuando indica que *“la protección de los derechos de los trabajadores de cada una de las sociedades que se fusionen se organizará de conformidad con la Directiva 2001/23/CE”*.

Efectivamente, aquel supuesto de protección cualificada de los intereses de los trabajadores, es coherente con lo dispuesto en el artículo 64.1, “Derechos de información y consulta y competencias”, del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, según el cual *“el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma”*, entendiéndose por información *“la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen”* y por consulta *“el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”*, exigiéndose que *“en la definición o aplicación de los procedimientos de información y consulta, el empresario y el comité de empresa actuarán con espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores”*.

A su vez, el número 5.c) del citado artículo 64 ET, que *“el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto”*, y que *“asimismo, tendrá derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa”*, teniendo derecho el comité de empresa a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre “los procesos de fusión”.

Aquella información se deberá facilitar por el empresario al comité de empresa, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe, dice el artículo 64.6 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

La consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones sociales derivadas de la fusión, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con la organización y dirección del trabajo. En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar la decisión de fusionarse. Asimismo los informes que deba emitir el

comité de empresa deberán elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes, indica el artículo 64.6 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

11.7.1 El depósito registral o la publicación en el sitio web del proyecto común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.²³⁰⁵

Precisa el artículo 6 de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, que “*el proyecto común de fusión transfronteriza será objeto de publicidad en la forma prescrita por el ordenamiento de cada Estado miembro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo (6) de la Directiva (2011/23) para cada una de las sociedades que se fusionen, como mínimo un mes antes de la fecha de la reunión de la junta general que deba pronunciarse al respecto*” y que “*sin perjuicio de otras condiciones adicionales impuestas por el Estado miembro a cuyo ordenamiento esté sujeta la sociedad, deberán publicarse, para cada una de las sociedades que se fusionen, los siguientes datos en el boletín oficial de dicho Estado miembro: a) la forma, denominación y domicilio social de las sociedades que se fusionen; b) el registro en el que se hayan entregado los documentos a que se refiere el artículo (6), apartado 2, de la Directiva (2011/35) de cada una de las sociedades que se fusionen así como su número de inscripción en dicho registro; c) una indicación, para cada una de las sociedades que se fusionen, de las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores y, cuando proceda, de los socios minoritarios de las sociedades que se fusionen, así como la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre dichas condiciones*”.

La exigencia de publicación “*en el boletín oficial*” parece que ha de reinterpretarse la luz de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del consejo, de 16 de septiembre de 2009 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, según la cual “*los Estados miembros deben tener la opción de decidir si el boletín nacional designado para la publicación de actos e indicaciones obligatorios debe presentarse en formato papel o en formato electrónico, o publicar esta información por medios igualmente eficaces*”²³⁰⁶ y “*debe facilitarse el acceso transfronterizo a la información de las sociedades*”²³⁰⁷ y esa publicidad obligatoria se referirá “al menos” a determinados actos o indicaciones, que se relación de seguido. En su artículo 3, determina que “*los Estados miembros se asegurarán de que las sociedades y demás personas y organismos sujetos a obligación de presentar actos e indicaciones que deban publicarse de conformidad con el artículo 2, o de participar en dicha presentación, lo puedan hacer por medios electrónicos. Además, los Estados miembros podrán imponer a todas las sociedades, o a determinadas categorías de sociedad, la realización por medios electrónicos de todos estos actos o indicaciones, o a los de determinada categoría*”.

A su vez, el artículo 6 de la Directiva 2011/35, precisa que:

- (i) el proyecto de fusión deberá ser objeto de una publicidad efectuada según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE, para cada una de las sociedades que se fusionen al menos un mes antes de la fecha de la

reunión de la junta general llamada a pronunciarse sobre el proyecto de fusión;

- (ii) cualquiera de las sociedades que se fusionen quedará exenta del requisito de publicidad establecido en el artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE si, durante un período ininterrumpido iniciado al menos un mes antes del día fijado para la junta general llamada a pronunciarse acerca del proyecto de fusión y que no termine antes de la conclusión de dicha junta, pone a disposición del público de forma gratuita en su sitio web²³⁰⁸ tal proyecto de fusión. Los Estados miembros no supeditarán dicha exención a más requisitos o condiciones que los necesarios para garantizar la seguridad del sitio web y la autenticidad de los documentos, y solo podrán imponer dichos requisitos o condiciones en la medida en que sean proporcionados para alcanzar estos objetivos;
- (iii) los Estados miembros podrán exigir que la publicidad se realice a través de la plataforma electrónica central mencionada en el artículo 3, apartado 5, de la Directiva 2009/101/CE;
- (iv) Los Estados miembros tendrán la alternativa de exigir que dicha publicación se realice en cualquier otro sitio web designado por ellos a tal efecto. Cuando los Estados miembros recurran a una de estas posibilidades. También se precisa que “cuando se utilice un sitio web distinto de la plataforma electrónica central, se publicará en la plataforma electrónica central una referencia que dé acceso a dicho sitio web al menos un mes antes de la fecha fijada para la junta general. Dicha referencia deberá incluir la fecha de publicación del proyecto de fusión en el sitio web.

La exigencia de la publicidad se recoge también en el artículo 32 LME, que determina que *“los administradores están obligados a insertar el proyecto común de fusión en la página web de cada una de las sociedades que participan en la fusión, sin perjuicio de poder depositar voluntariamente un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades que participan en ella. El hecho de la inserción del proyecto de fusión en la página web se publicará (...) en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”, con expresión de la página web en que figure y de la fecha de la inserción. La inserción en la web del proyecto y la fecha de la misma se acreditarán mediante la certificación del contenido de aquélla, remitido al correspondiente Registro Mercantil, debiéndose publicar en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la última certificación. La inserción en la página web y la publicación de este hecho en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” deberán efectuarse con un mes de antelación, al menos, a la fecha prevista para la celebración de la junta general que haya de acordar la fusión. La inserción del proyecto de fusión en la página web deberá mantenerse hasta que finalice el plazo para el ejercicio por los acreedores del derecho de oposición a la fusión”*.

También precisa aquel artículo 32 LME, que “*si alguna de las sociedades que participan en la fusión careciera de página web, los administradores están obligados a depositar un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil en que estuviera inscrita. Efectuado el depósito, el registrador comunicará al registrador mercantil central, para su inmediata publicación (...) en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”, el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar*”, y que “*la publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios que hayan de resolver sobre la fusión o la comunicación individual de ese anuncio a los socios no podrá realizarse antes de la publicación de la inserción o del depósito del proyecto en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”*”.

Este sistema supone la existencia de una publicidad institucional o legal y registral que opera alternativamente. Efectivamente, en materia de fusiones “*la Directiva 2009/109/CE simplifica en determinados casos el número o el contenido de los documentos que han de ser puestos a disposición de los socios y agiliza estas operaciones societarias encauzando la publicidad previa al acuerdo de fusión a través de la página web de las sociedades de capital como alternativa al depósito de los proyectos de fusión y de escisión en el Registro Mercantil. En la misma línea, prevé que, si el socio lo aceptara, las comunicaciones que tuviera que realizar la sociedad puedan efectuarse por medios electrónicos*”²³⁰⁹.

En otro sentido la MBCA indica que “*si bien el capítulo 11 no impone virtualmente ninguna restricción o limitación a los términos y condiciones de la fusión, la Sección 11.02.(c) exige que los términos y condiciones sean expuestos en el plan de fusión. Esta norma clarifica que el Proyecto de Fusión no necesita ser recogido en el documento de fusión que se entregará al secretario de estado para su depósito después de que la fusión haya sido adoptada y aprobada*”²³¹⁰. Así resulta del mandato contenido en la sección 11.06 de la MBCA, según el cual “*(a) Después de que el Proyecto de Fusión (...) haya sido adoptado y aprobado tal y como se establece en esta norma, el documento de fusión (...) deberán ser ejecutados en representación de cada parte de la fusión (...) por un ejecutivo u otro representante debidamente autorizado. El documento de fusión deberá exponer: (1) los nombres de las partes de la fusión (...); (2) si los estatutos sociales de la corporación absorbente son modificados, o si la nueva corporación ha sido creada por la fusión, las modificaciones de los estatutos sociales de la corporación absorbente o de la nueva corporación; (3) si el Proyecto de Fusión (...) exigió la aprobación por los accionistas de la corporación nacional que ha sido parte de la fusión (...), una declaración de que el proyecto ha sido debidamente aprobado por los accionistas y, si el voto por cualquier grupo de votación separada fuese exigido, por cualquiera de estos grupo de votación separada, en la forma exigida por esta norma y los estatutos sociales; (4) si el Proyecto de Fusión (...) no exige la aprobación por los accionistas de una corporación nacional que fuera parte de la fusión (...), una declaración a tal efecto; y (5) en relación con cualquier corporación extranjera parte de la fusión, una declaración de que la participación de la corporación extranjera fue debidamente autorizada tal y como se establece la ley orgánica de la corporación.*”²³¹¹.

De tal manera que, solamente una vez aprobado, en su caso, y finalizada la fase societaria, “*el documento de fusión (...) deberán ser entregado al secretario de estado para su depósito por la superviviente de la fusión (...), y surtirá efecto en la fecha efectiva indicada en la Sección 1.23*”, precisa la sección 11.06.(b) MBCA. Esto es, “*el depósito del documento de fusión (...) hace de la transacción una cuestión de dominio público. Las exigencias de presentación están expuestas en la sección 1.20*”²³¹². La

fecha efectiva del documento de fusión es la fecha efectiva de su depósito, salvo que se disponga otra cosa. En virtud de la Sección 1.23²³¹³, el documento puede especificar una hora y fecha efectiva retrasada, y si así lo hace, el documento deviene efectivo a la hora y fecha especificadas, excepto que la fecha efectiva retrasada no podrá ser posterior a los 90 días después de la fecha en que se presentó el documento”²³¹⁴.

En el mismo sentido se pronuncia la sección 252 de la Delaware GCL, según la cual: “(c) El acuerdo será adoptado, aprobado, certificado, suscrito y reconocido por cada una de las sociedades intervinientes conforme a las leyes en virtud de las cuales hayan sido constituidas, y, en el caso de una sociedad de Delaware, en la misma forma que se indica en la Sección 251 de este título. El acuerdo será depositado y será efectivo para todos los efectos de las leyes de este Estado el momento que se indica en la Sección 251 de este título con respecto a la fusión o consolidación de las sociedades de este Estado. En lugar de presentar el acuerdo de fusión o consolidación, la sociedad superviviente o resultante puede presentar un certificado de fusión o consolidación, ejecutado conforme a la Sección 103 de este título”. A su vez el citado artículo añade en su apartado (d) que “si la sociedad superviviente o resultante de una fusión o consolidación estuviere regulada por las leyes del Distrito de Columbia o cualquier estado o jurisdicción distinta de este Estado, aceptará que pueda estar sujeta a notificaciones en este Estado en cualquier procedimiento para la ejecución de cualquier obligación de cualquier sociedad interviniente en la fusión de este Estado, así como para la ejecución de cualquier obligación de la sociedad superviviente o resultante surgida en la fusión o consolidación, incluida cualquier demanda u otro procedimiento para cumplir el derecho de cualquier accionista conforme a lo que se determine en los procedimientos de valoración de conformidad con la Sección 262 de este título, y designará irrevocablemente el Secretario de Estado como su agente para aceptar notificaciones en cualquier demanda u otro procedimiento y especificará la dirección a la que una copia de tal proceso se enviará por el Secretario de Estado”²³¹⁵.

Del mismo modo la New York Business Corporation Law, Secciones 904 y 907²³¹⁶ (NY Code - Sección 904: Certificado de fusión y consolidación; contenidos) establecen que “(a) después de la adopción del Proyecto de Fusión o consolidación por el consejo de administración y los accionistas de cada sociedad interviniente, salvo que la fusión o consolidación sea abandonada conforme al párrafo (b) de la sección 903 (Autorización de los accionistas), un certificado de fusión o consolidación, titulado “Certificado de fusión (o consolidación) de ... y... en... (nombres de las sociedades) en virtud de la sección 904 del Business Corporation Law” será firmado en representación de cada corporación interviniente y entregado al departamento del estado”²³¹⁷, y, “(e) si la corporación superviviente o resultante es, o va a ser, constituida en virtud de la ley de cualquier jurisdicción distinta que la de este estado: (1) cumplirá con las disposiciones de este capítulo relativas a las sociedades extranjeras si es para hacer negocios en este estado. (2) entregará al departamento de estado un certificado, titulado “Certificado de fusión (o consolidación) de... y... en... (nombres de sociedades) en virtud de la sección 907 de la Business Corporation Law”, que será firmado en representación de cada sociedad interviniente nacional o extranjera”²³¹⁸.

Aquellas regulaciones se reproducen, con más o menos fidelidad, en los diferentes Estados USA.²³¹⁹

11.7.2. La publicidad del proyecto común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, en su dimensión societaria.

La exigencia de publicidad del proyecto común de sociedades anónimas, encuentra justificación, según precisa la Directiva 2005/56, en la circunstancia de que *“para proteger los intereses tanto de los socios como de los terceros, resulta oportuno que, para cada una de las sociedades que se fusionan, tanto el proyecto común de fusión transfronteriza como la realización de la misma sean objeto de una publicidad efectuada en el registro público correspondiente”*²³²⁰.

Se afirma que la publicidad “esta funcionalmente justificada, dado que es a partir del depósito en el Registro Mercantil cuando contamos con un proyecto de fusión ajustado a Derecho, apto para ser sometido a los socios y con contenido consolidado, lo que es particularmente interesante en vistas a valorar la viabilidad de los acuerdos de fusión que no se ajusten totalmente al proyecto de fusión”²³²¹. En esta perspectiva el registrador Mercantil estaría efectuando un control de legalidad del proyecto de fusión²³²², en principio no exigido por la Directiva 2011/35 (“si la legislación de un Estado miembro no hubiera previsto para las fusiones un control preventivo judicial o administrativo de legalidad; dice el artículo 16 de la directiva 2011/35).

No obstante ese control de legalidad, es ciertamente coherente con el depósito registral del proyecto de fusión, pues como indica el artículo 226.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, *“dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la fecha del asiento de presentación, el Registrador calificará exclusivamente si el documento presentado es el exigido por la Ley y si está debidamente suscrito. Cumplidos estos requisitos, tendrá por efectuado el depósito, practicando las correspondientes notas marginales en el diario y en la hoja abierta a la sociedad. En caso contrario procederá de acuerdo con lo dispuesto para los títulos defectuosos”*. Ese control de legalidad se sumaría a los que imperativamente exige la Directiva 2005/56.

En nuestro sistema *“los administradores están obligados a insertar el proyecto común de fusión en la página web de cada una de las sociedades que participan en la fusión, sin perjuicio de poder depositar voluntariamente un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades que participan en ella. El hecho de la inserción del proyecto de fusión en la página web se publicará de forma gratuita en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”, con expresión de la página web en que figure y de la fecha de la inserción. La inserción en la web del proyecto y la fecha de la misma se acreditarán mediante la certificación del contenido de aquélla, remitido al correspondiente Registro Mercantil, debiéndose publicar en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la última certificación. La inserción en la página web y la publicación de este hecho en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” deberán efectuarse con un mes de antelación, al menos, a la fecha prevista para la celebración de la junta general que haya de acordar la fusión. La inserción del proyecto de fusión en la página web deberá mantenerse hasta que finalice el plazo para el ejercicio por los acreedores del derecho de oposición a la fusión”* (artículo

23.1 LME). Pero si no hay “depósito” ha de cuestionarse si procede y es posible que se efectúe control de legalidad alguno.

Ciertamente, en nuestro sistema la fecha del proyecto común de fusión es trascendente socialmente²³²³ en cuanto que “el proyecto de fusión quedará sin efecto si no hubiera sido aprobado por las juntas de socios de todas las sociedades que participen en la fusión dentro de los seis meses siguientes a su fecha (artículo 30.3 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), pero no en el régimen de la Directiva 2011/35, artículos 7 y 11, ni de la Directiva 2005/56, artículo 9.1, que se limita a disponer que solo después de haber tenido conocimiento de los informes que en ella se regulan, la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen se pronunciará sobre el proyecto común de fusión transfronteriza.

La eventualidad del depósito registral²³²⁴ del proyecto común de fusión transfronteriza, plantea el problema de determinar cuál la “fecha” del mismo a tomar en consideración al efecto de la singular “*vacatio*” que la ley establece para la reunión de las Juntas Generales de la sociedades participantes en la fusión, cuando sea necesario su acuerdo, y que no se confunde con la “fecha” de conclusión de aquel proyecto común.

Según el artículo 32 LME, “*la inserción en la web del proyecto y la fecha de la misma se acreditarán mediante la certificación del contenido de aquélla, remitido al correspondiente Registro Mercantil, debiéndose publicar en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la última certificación. La inserción en la página web y la publicación de este hecho en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” deberán efectuarse con un mes de antelación, al menos, a la fecha prevista para la celebración de la junta general que haya de acordar la fusión. La inserción del proyecto de fusión en la página web deberá mantenerse hasta que finalice el plazo para el ejercicio por los acreedores del derecho de oposición a la fusión. Por tanto, será la inserción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, la fecha a tomar en consideración. No obstante para aquellos sistemas en los que no fuera precisa esa publicidad registral habrá de tomarse como fecha de referencia para la convocatoria de la Junta general la inserción en la página web respectiva.*

Se precisa en la sección 11.04 MBCA, respeto de las fusiones nacionales, que “*(d) si el proyecto de fusión (...) es requerido para su aprobación por los accionistas y si la aprobación se otorgará en una reunión, la corporación tiene que notificar a cada accionista, tenga o no derecho de voto, de la reunión de accionistas a la que el proyecto se someterá para aprobación. La notificación deberá recoger que el propósito o uno de los propósitos de la reunión es considerar el proyecto y deberá contener o ir acompañado de una copia o resumen del proyecto. Si la corporación va a fusionarse en una corporación existente u otra entidad, la notificación también incluirá o estará acompañada de una copia o resumen de los estatutos sociales o documentos organizativos de tal corporación o entidad. Si la corporación va a fusionarse en una corporación u otra entidad que se creará como resultado de la fusión, la notificación también incluirá o estará acompañada de una copia o resumen de los estatutos sociales o documentos organizativos de la nueva corporación o entidad*”²³²⁵

Cuando sea preciso contar con el acuerdo de la junta de accionistas para que pueda llevarse a efecto la fusión, precisa la sección 261 de la Delaware GCL, en relación con las fusiones nacionales, que: “el acuerdo requerido por la subsección (b) de esta sección será entregado a los accionistas de cada sociedad constituyente en una reunión anual o especial con el propósito de deliberar sobre el acuerdo. La notificación de la hora, lugar y propósito de la reunión será enviada a cada titular de acciones, con derecho a voto o no, de la corporación a la dirección de los accionistas, tal y como aparezca en los registros de la corporación, al menos 20 días antes de la fecha de la reunión. La notificación contendrá una copia del acuerdo o un breve resumen, según los consejeros estimen oportuno. Asimismo precisa la New York Business Corporation Law, sección 903 (NY Code- Sección 903: Autorización de los accionistas), que “el consejo de cada corporación interviniente, tras adoptar el Proyecto de Fusión o consolidación, someterá dicho Proyecto a la votación de los accionistas conforme a lo siguiente: (1) La notificación de la reunión será facilitada a cada uno de los accionistas del registro, en la fecha de registro determinada de conformidad con la sección 604 (Determinación de la fecha de registro), tanto si derecho de voto como si no. Una copia del Proyecto de Fusión o consolidación o una descripción de las características importantes del plan acompañará dicha notificación”²³²⁶.

Esta regulación es similar y se mantiene razonablemente constante en numerosos estados de los Estados Unidos.²³²⁷

11.8. Los informes característicos de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas. El “Informe de los órganos de dirección o administración” y el “Informe pericial independiente”.

En el procedimiento de fusión transfronteriza de sociedades anónimas pueden o deben elaborarse diferentes informes. Pero hay dos especialmente característicos del procedimiento ordinario de fusión transfronteriza de sociedades anónimas. Se trata del “Informe de los órganos de dirección o administración” y del “Informe pericial independiente”. Ambos se conciben como “instrumentos de tutela”²³²⁸ de los socios o accionistas y, eventualmente, de terceros. Precisamente se prevén en los artículos 7 y 8 de la Directiva 2005/56, por una parte el Informe de los órganos de dirección o administración, y, por otra parte, el Informe pericial independiente, que son diferentes e independientes pero no por ello ajenos el uno al otro ni desconectados o indiferentes entre sí²³²⁹.

Tanto uno como otro informe están caracterizados por una tensión entre su necesidad y su contingencia. Efectivamente, el primero de ellos puede no exigirse por la legislación de un Estado miembro “*si así lo han acordado todos los accionistas y tenedores de otros títulos que confieran derecho a voto de todas y cada una de las sociedades que participen en la fusión*”, previene el artículo 9.3 de la Directiva 2011/35. Lo cual está estrechamente emparentado con el denominado “acuerdo unánime de fusión”, Asimismo, también el segundo de aquellos informes participa de la indicada tensión entre su necesidad y su contingencia, en

cuanto que *“no se exigirá un examen del proyecto común de fusión transfronteriza por parte de peritos independientes ni un informe pericial cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión transfronteriza”*.

La circunstancia de que el artículo 42 LME, al regular el denominado “acuerdo unánime de fusión”, establezca en su número 1, que *“el acuerdo de fusión podrá adoptarse (...) sin informe de los administradores sobre el proyecto de fusión cuando se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la fusión, en junta universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente ese derecho”*, no supone que deje de ser generalmente necesario ni que se elimine la necesidad de información suficiente a los representantes de los trabajadores. En este segundo aspecto, precisa aquel precepto, en su número 2, que *“los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo, no podrán ser restringidos por el hecho de que la fusión sea aprobada en junta universal”*, para lo que habrá de estarse a la normativa laboral ya citada²³³⁰.

Aunque ambos informes se regulan en artículos sucesivos no tienen que mantener dicho orden en su elaboración²³³¹. Ambos se refieren al proyecto de fusión, por lo que éste si constituye no solo antecedente lógico y cronológico de los mismos, sino su objeto.

Esos mismos “informes” se previenen en los artículos 8 y 10 de la Directiva 2011/35, con el mismo carácter, necesario el primero de ellos y contingente el segundo. La LME, prevé, en su artículo 60 en relación con las fusiones transfronterizas intracomunitarias y en su artículo 33²³³² en relación con las fusiones internas o domésticas, un “Informe de los órganos de dirección o administración”²³³³, y, en su artículo 34 en relación con las fusiones internas o domésticas, un “Informe de expertos sobre el proyecto de fusión”²³³⁴. Lo mismo ocurre en otras legislaciones europeas²³³⁵. El tratar de ambos informes en el mismo apartado se justifica porque entre ambos *“se advierte una coincidencia sustancial”*²³³⁶, por más que uno sea realizado por el órgano de administración o dirección y el otro por terceros ajenos a la sociedad, “expertos” o “peritos”, dado que *“ambos comparten una preferente función de fortalecimiento de la información relevante para la aprobación de la fusión”*²³³⁷.

Asimismo la MBCA, indica, en su Sección 11.04.(b), que “el consejo de administración también tendrá que transmitir a los accionistas una recomendación de que éstos habrán de aprobar el proyecto, salvo que el consejo hiciera una determinación de que debido a conflictos de interés u otras circunstancias especiales no debe realizar tal recomendación, en cuyo caso éste deberá transmitir a los accionistas las bases para tal determinación”²³³⁸. Esto es, la Sección 11.04.(b) requiere que el consejo de administración, tras haber adoptado el proyecto de fusión, remita el proyecto a los accionistas para su aprobación excepto según lo previsto en la subsección (g) y en la sección 11.05. En la remisión del proyecto de fusión, el consejo de administración deberá realizar una recomendación a los accionistas de que el proyecto sea aprobado, salvo que determinase que por conflictos u otras circunstancias especiales no debe hacer tal recomendación (...). Si el consejo realizase tal determinación, tendrá que describir el conflicto de interés o

circunstancia especial y comunicar las bases para la determinación cuando remita el proyecto a los accionistas. La excepción para conflictos de interés u otras circunstancias especiales se intenta que esté moderadamente disponible. Generalmente, los accionistas no son requeridos para que actúen en una fusión, en ausencia de una recomendación del Consejo. La excepción no intenta relevar a los consejeros de su deber de considerar cuidadosamente la transacción propuesta y los intereses de los accionistas²³³⁹.

El artículo 7 de la Directiva 2005/56, precisa que los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen elaborarán un informe destinado a los socios, en el que se explicarán y justificarán los aspectos legales y económicos de la fusión transfronteriza y se explicarán las implicaciones de dicha fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores. El informe se pondrá a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, de los propios trabajadores, en un plazo no inferior a un mes antes de la fecha de la junta general convocada para decidir sobre el proyecto común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

A ese Informe se le añadirá una “opinión” de los representantes de los trabajadores. Ese Informe esta “destinado a los socios”²³⁴⁰, por más que en el mismo, además de explicarse y justificarse los aspectos legales y económicos de la fusión transfronteriza, también deban explicarse “las implicaciones de dicha fusión”, no sólo para los “socios” y los “acreedores”, sino también para los “trabajadores”. Por ello esa “opinión” de los representantes de los trabajadores realmente es otro Informe. La peculiaridad de esta “opinión” es que se emite a la vista de la información facilitada por los órganos de dirección o administración y que su contenido puede ser más o menos amplio, pero parece que, al menos en nuestro ordenamiento, debe estar enfocado sobre las consecuencias de la fusión sobre el empleo²³⁴¹, habida cuenta que nuestro ordenamiento el artículo 64.5.d) ET, establece que aquéllos tendrán derecho a emitir un informe en los procesos de fusión, “*que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo*”.

La autoría de aquel informe corresponde a “*los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen*”²³⁴². Aquel informe ha de extenderse a cualquier modificación importante del activo y del pasivo sobrevenida entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la fecha de la reunión de las juntas generales llamadas a pronunciarse sobre el mismo, así como a los recibidos en el mismo sentido de los órganos de dirección y administración de las demás sociedades participantes en la fusión. Se plantea la cuestión de la posible impugnación del acuerdo de aprobación del informe de los administradores, cuando el órgano administrativo tenga la forma de Consejo de administración. El carácter informativo del informe milita en contra de la posible impugnación del acuerdo de aprobación mismo. Pero el argumento definitivo a favor de su no impugnabilidad, es la demanda comunitaria de establecimiento en un régimen específico de responsabilidad civil para los administradores en el artículo 20 de la Directiva 2011/35, según el cual “*las legislaciones de los Estados miembros organizarán al menos la responsabilidad civil de los miembros del órgano de administración o de dirección de la sociedad absorbida ante los accionistas de esta sociedad en*

razón de las faltas cometidas por miembros de este órgano en la preparación y en la realización de la fusión”²³⁴³.

Un informe pericial independiente destinado a los socios, y disponible al menos un mes antes de la fecha de la reunión de la Junta General que ha pronunciarse sobre la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, para cada una de las sociedades que se fusionen, se previenen el artículo 8 de la Directiva 2005/56. No obstante, y habida cuenta de la constatación que en aquella norma comunitaria se efectúa²³⁴⁴ acerca que “*la legislación de todos los Estados miembros prevé un informe sobre el proyecto común de fusión transfronteriza redactado por uno o más peritos para cada una de las sociedades que se fusionan a escala nacional*” y adecuándose a un criterio de economicidad, “*para limitar los gastos de peritos en el marco de una fusión transfronteriza, hay que prever la posibilidad de un informe único destinado a todos los socios de las sociedades que participen en una operación de fusión transfronteriza*”. Se dispone, en el apartado 2 del precitado artículo 8 de la Directiva 2005/56, que “*como alternativa a peritos que operen por cuenta de cada una de las sociedades que se fusionen, uno o más peritos independientes, designados para ello, previa petición conjunta de dichas sociedades, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa una de las sociedades que se fusionen o la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, o autorizados por dicha autoridad, podrán estudiar el proyecto común de fusión transfronteriza y redactar un informe escrito único destinado a la totalidad de los socios*”²³⁴⁵.

El contenido de dicho informe viene dado por remisión al artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2011/35, según la cual en aquel informe los peritos deberán declarar en todo caso si, en su opinión, la relación de canje es o no pertinente y razonable, indicando, al menos el o los métodos seguidos para la determinación de la relación de canje propuesto, y si este o estos métodos son los adecuados en cada caso y mencionar los valores a los que conduce cada uno de estos métodos, dando una opinión sobre la importancia relativa dada a estos métodos en la determinación del valor considerado, precisando las dificultades particulares de evaluación, si es que las hubiere. A tal fin los peritos estarán facultados para pedir a cada una de las empresas que se fusionen cualquier información que consideren necesaria para poder llevar a cabo su cometido.

En nuestro ordenamiento²³⁴⁶ se alude a ese contenido por el artículo 34 LME, según el cual: “3. El informe del experto o de los expertos estará dividido en dos partes: en la primera, deberá exponer los métodos seguidos por los administradores para establecer el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de los socios de las sociedades que se extinguen, explicar si esos métodos son adecuados, con expresión de los valores a los que conducen y, si existieran, las dificultades especiales de valoración, y manifestar la opinión de si el tipo de canje está o no justificado; y en la segunda, deberá manifestar la opinión de si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente. 4. El contenido del informe del experto o de los expertos sobre el proyecto de fusión estará integrado únicamente por la segunda parte cuando, en todas las sociedades que participen en la fusión, así lo hayan acordado todos los socios con derecho de voto y, además, todas

las personas que, en su caso, según la ley o los estatutos sociales, fueran titulares de ese derecho”.

La eventualidad de éste informe, en cuanto que puede no ser requerido “cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión transfronteriza”, puede considerarse criticable o más o menos razonable, en la medida en que por una parte son los socios “los principales beneficiarios de la tutela que implica la existencia de un informe independiente sobre el proyecto de fusión”²³⁴⁷, por lo que consecuentemente disponen “de esa facultad”²³⁴⁸ de renunciar al informe de expertos independientes”, pero por otra parte ese informe también interesa a terceros por lo que no debería atribuirse en exclusiva los socios la posibilidad de excluir la existencia del informe independiente sobre el proyecto de fusión, porque el interés de los terceros se verá desatendido²³⁴⁹.

El artículo 10 de la Directiva 2011/35 precisa que esos habrán de ser “designados o reconocidos por una autoridad judicial o administrativa”. Nuestro ordenamiento da cumplimiento al mandato comunitario, estableciendo que “los administradores de cada una de las sociedades que se fusionan deberán solicitar del registrador mercantil correspondiente al domicilio social el nombramiento de uno o varios expertos independientes y distintos, para que, por separado, emitan informe sobre el proyecto común de fusión. No obstante lo anterior, los administradores de todas las sociedades que se fusionan a que se refiere el apartado anterior podrán pedir al registrador mercantil que designe uno o varios expertos para la elaboración de un único informe. La competencia para el nombramiento corresponderá al registrador mercantil del domicilio social de la sociedad absorbente o del que figure en el proyecto común de fusión como domicilio de la nueva sociedad” (artículo 34.1 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles)²³⁵⁰.

La Directiva 2011/35, exige, en su artículo 21, que las legislaciones de los Estados miembros organicen “*al menos la responsabilidad civil ante los accionistas de la sociedad absorbida, de los peritos encargados de establecer para esta sociedad el informe previsto en el artículo 10, apartado 1, en razón de las faltas cometidas por estos peritos en el cumplimiento de su misión*”, en su redacción original el artículo 34.4 LME, daba cumplimiento a ese mandato estableciendo que “*la responsabilidad de los expertos se regirá por lo dispuesto para el auditor de cuentas de la sociedad, y quedará exonerado si acredita que ha aplicado la diligencia y los estándares propios de la actuación que le haya sido encomendada*”, pero esa remisión al régimen de responsabilidad de los auditores de cuentas desaparece con la modificación de aquel precepto publicada el 2 de agosto de 2011²³⁵¹. Sin embargo, parece lo más razonable aplicar, por analogía, el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 68 LSC, según el cual: “*1. El experto responderá frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores de los daños causados por la valoración, y quedará exonerado si acredita que ha aplicado la diligencia y los estándares propios de la actuación que le haya sido encomendada. 2. La acción para exigir esta responsabilidad prescribirá a los cuatro años de la fecha del informe*”.

11.9. El “estado contable” o “balance de fusión” y el “apalancamiento” de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Uno de los elementos fundamentales integrantes del derecho de información de los accionistas es el relativo a la información de carácter contable y patrimonial de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas que se pretenda.

Por ello, se exige la elaboración de un determinado “estado contable” o balance de fusión”, cuya eficacia es relativa. No obstante, esa situación patrimonial se puede ver alterada en los supuestos de apalancamiento de la fusión.

11.9.1 El “estado contable” o “balance de fusión”

La Directiva 2011/35 alude a un “estado contable”, que en nuestro sistema se conoce como “balance de fusión”²³⁵².

Precisa el artículo 11.1.c) de la Directiva 2011/35, que todo accionista tendrá derecho, al menos un mes antes de la fecha de la reunión de la junta general llamada a pronunciarse sobre el proyecto de fusión, a tener conocimiento, en el domicilio social, en su caso, un “estado contable” cerrado a una fecha que no deberá ser anterior al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión en el caso de que las últimas cuentas anuales se refieran a un ejercicio cuyo final sea anterior en más de seis meses a esta fecha. Ese “estado contable”, indica el apartado 2 del mismo artículo, se establecerá según los mismos métodos y según la misma presentación que el último balance anual. No obstante, precisa el mismo apartado de aquel artículo 11, la legislación de un Estado miembro podrá prever: a) que no sea necesario proceder a un nuevo inventario real; b) que las evaluaciones que figuren en el último balance solo se modifiquen en función de los movimientos de asiento, pero que se tendrán en cuenta: i) las amortizaciones y provisiones temporales, ii) los cambios importantes de valor real que no aparezcan en los asientos.

Añadiendo el precitado artículo 11.1 in fine, de la citada Directiva 2011/35, no se exigirá un estado contable si la sociedad publica un informe financiero semestral, de conformidad con el artículo 5 de la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, y lo pone a disposición de los accionistas, con arreglo al presente apartado. Además, los Estados miembros podrán estipular que no se exija el estado contable si así lo han acordado todos los accionistas y tenedores de otros títulos que confieran derecho a voto de todas y cada una de las sociedades que participen en la fusión.

Ese estado contable o balance de fusión no desempeña una “función central” en el proceso de fusión *“tiene paradójicamente una relevancia informativa contable mínima toda vez que no informa a socios y terceros sobre la calificación contable de la fusión (si se está o no ante una combinación de empresas) y sobre el sistema contable seguido para el registro del traspaso patrimonial”*²³⁵³. Esto es, *“se trata de otro más de los documentos informativos suministrados a los socios que han de decidir la fusión (...) y que por su eventual carácter extraordinario”* se califica de “estado contable”. No es un documento de cierre de la contabilidad y despliega una función puramente informativa a favor de los socios, exclusivamente. En definitiva: cumple una función informativa propia de un “estado contable intermedio” que debe elaborarse como documento ad hoc cuando las últimas cuentas anuales por su cierre, tienen una antigüedad mayor de la debida²³⁵⁴. No desempeña función alguna en relación con la fijación del tipo de canje, como otrora tuvo en la Ley de sociedades anónimas de 1951²³⁵⁵, sino que se reconduce a una función informativa que desde entonces ha venido manteniendo, como precisó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de marzo de 2002²³⁵⁶. Bien que “ilustre” aunque no “pruebe” la relación de canje que se hubiere fijado en el proyecto de fusión²³⁵⁷. *“Aunque se ha de tener en cuenta la contabilidad de la sociedad para llegar a la valoración de las sociedades, no es el balance de fusión el documento que interesa (...). Tampoco tiene ninguna finalidad contable (...). En realidad, este balance no es propiamente un balance de fusión ni un balance final (...). Por tanto su finalidad es de mera información, lo que resulta de la 3ª Directiva, cuyo artículo 11 habla solo de la necesidad de poner a disposición del socio un “estado contable”*²³⁵⁸.

La función informativa del balance de fusión, en principio, parece limitarse a los socios en la medida en que son los accionistas quienes tienen derecho, al menos un mes antes de la fecha de la reunión de la Junta General llamada a pronunciarse sobre el proyecto de fusión, a tener conocimiento, en el domicilio social, del “balance de fusión” quedando únicamente exentas de esa obligación de ponerlo a disposición en su domicilio social, las sociedades que los hayan puesto a disposición del público en su sitio web durante un período ininterrumpido iniciado al menos un mes antes del día fijado para la Junta General llamada a pronunciarse acerca del proyecto de fusión y que no termine antes de la conclusión de dicha junta. No pudiéndose supeditar dicha exención a más requisitos o condiciones que los necesarios para garantizar la seguridad del sitio web y la autenticidad de los documentos. Además únicamente a los accionistas se les otorga a la facultad de descargarlo e imprimirlo.

No obstante, nuestro ordenamiento establece, en el artículo 39.1.5º LME que *“antes de la publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios que hayan de resolver sobre la fusión o de la comunicación individual de ese anuncio a los socios, los administradores deberán insertar en la página web de la sociedad, con posibilidad de descargarlos e imprimirlos o, si no tuviera página web, poner a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y de los representantes de los trabajadores, en el domicilio social, del os siguientes documentos: (...) 5.º El balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado, si fuera exigible, del informe de auditoría o, en el caso de fusión de sociedades cotizadas, el informe financiero semestral por el que el balance se hubiera sustituido”*²³⁵⁹. Efectivamente, *“la peculiaridad más notable que presenta nuestra*

*regulación positiva del balance de fusión en relación con la existente en el Derecho comparado y la contenida (en el Derecho comunitario) es que en nuestro ordenamiento expresamente se reconoce el derecho de terceros a ser informados del balance de fusión*²³⁶⁰.

Existe una general conformidad en considerar que el “balance de fusión” carece de transcendencia contable²³⁶¹. Efectivamente, *“el balance de fusión es un documento informativo que se obtiene a partir de la contabilidad y de la realización, en su caso, de ajustes extracontables derivados de las modificaciones importantes del valor real que no aparezcan en los asientos contables. La elaboración del balance de fusión no tendrá efectos en los registros contables ni en la información que se ofrece en las cuentas anuales, salvo en lo que respecta a la información que en las mismas debe aparecer en relación con el proceso de fusión*²³⁶².

El contenido del balance de fusión viene dado por referencia a las cuentas anuales de tal forma que en su caso, deberá haberse *“cerrado a una fecha que no deberá ser anterior al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión en el caso de que las últimas cuentas anuales se refieran a un ejercicio cuyo final sea anterior en más de seis meses a esta fecha”*, artículo 11.1.c) de la Directiva 2011/235. Por ello precisa el artículo 36.1 LME que *“el último balance de ejercicio aprobado podrá considerarse balance de fusión, siempre que hubiere sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión”*, y que *“si el balance anual no cumpliera con ese requisito, será preciso elaborar un balance cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión, siguiendo los mismos métodos y criterios de presentación del último balance anual”*.

En este segundo caso resultará que para su elaboración han de seguirse los criterios establecidos para los estados contables “intermedios”. Habrá de aplicarse la NIC 34, “Información financiera intermedia”. Si por información financiera intermedia se entiende toda información financiera que contenga un estado de situación financiera o balance completo (tal como se describe en la NIC 1 Presentación de estados financieros), o bien un estado de situación financiera o balance condensados (como se describen en la NIC 34), para un ejercicio intermedio²³⁶³, y *“los estados financieros intermedios se presentarán con la forma y los criterios establecidos para las cuentas anuales”*²³⁶⁴, en el supuesto concreto del balance de fusión habrá de presentarse completo y no condensado, de tal manera que debe mostrar las subcategorías. Debe precisarse que conforme lo establecido en el artículo 36 aludido, en su punto 2, *“en ambos casos podrán modificarse las valoraciones contenidas en el último balance en atención a las modificaciones importantes del valor razonable que no aparezcan en los asientos contables”*, lo cual supone que deberán ir acompañadas de la “nota explicativa correspondiente”.

Ese estado contable o balance de fusión *“se establecerá según los mismos métodos y según la misma presentación que el último balance anual”*, indica el artículo de la Directiva 2011/35, por ello habrá de auditarse por aquellas sociedades participantes en el proceso de fusión que estén obligadas a auditar sus cuentas anuales. Con precisión, se afirma en el artículo 37 LME, que *“el balance de fusión y las modificaciones de las valoraciones contenidas en el mismo deberán ser verificados por el auditor de cuentas de la sociedad, cuando exista obligación de auditar”*. No obstante

la auditoria del balance de fusión revela específicas singularidades, dado que se trata de un documento contable peculiar, al extremo de hablarse de una “pseudo-auditoría”²³⁶⁵

El balance de fusión y el informe de su auditoría, “*habrán de ser sometidos a la aprobación de la junta de socios que resuelva sobre la fusión a cuyos efectos deberá mencionarse expresamente en el orden del día de la Junta*”, precisa el artículo 37 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, lo cual es razonable si se tiene en cuenta que “*la fusión se acuerda necesariamente sobre la base del balance, presupuesto y antecedente de la aprobación de la fusión es la del balance que sirve de base a la operación*”²³⁶⁶. La aprobación del balance de fusión puede impugnarse, pero en tal caso “*no podrá suspender por sí sola la ejecución de la fusión*”, lo que se ha interpretado en el sentido de que estamos ante una especialidad procesal que resulta ineludible consecuencia del criterio del legislador español a la hora de convertir la aprobación del balance de fusión en un acuerdo autónomo dentro del proceso conjunto de aprobación de la fusión. Ante la posibilidad de que el balance aprobado de forma separada también sea impugnado aisladamente, lo que se quiere es impedir que por ese sólo motivo se condicione el conjunto de la fusión²³⁶⁷. cuestión diferente es si se quiere impugnar la fusión misma por violación del derecho de información al considerar mediante el balance de fusión falso se haya falseado deliberadamente el derecho de información del accionista o la relación de canje sobre la que haya debido informar aquel balance²³⁶⁸.

En este último supuesto es de recordarse que el mismo artículo 38 LME, en su segundo apartado determina que “*a solicitud del socio que se considere perjudicado por la relación de canje establecida, podrá someterse al Registrador mercantil del domicilio social la designación de experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria, siempre que así se hubiera previsto en los estatutos o decidido expresamente por las juntas que acuerden la fusión o escisión de sociedades. La solicitud al Registrador mercantil se efectuará en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la publicación del acuerdo de fusión o escisión en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” y se sustanciará por las reglas establecidas en el Reglamento del Registro Mercantil*”. Lo cual supone que no se podrá impugnar la fusión si se ha acudido a ese procedimiento para solventarlas discrepancias surgidas en la determinación del tipo de canje²³⁶⁹.

11.9.2 El “apalancamiento” de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

El apalancamiento de una fusión supone que para llevarse a cabo se dispone de una cantidad significativa de dinero prestado (bonos o préstamos) para satisfacer su costo utilizándose, frecuentemente, los activos de la sociedad absorbida como garantía para los préstamos, además de los activos de la sociedad absorbente, lo cual determina que la estructura inicial del capital de la sociedad absorbida sean fundamentalmente deudas. Puede llevarse a cabo mediante utilización de una sociedad objetivo de la fusión creada ad hoc (“triangular mergers” y reverse “triangular mergers”).

Con más precisión, indica determinada jurisprudencia que “la llamada fusión apalancada es aquella transacción en la que, primero, una sociedad se endeuda para adquirir el control de otra sociedad (es decir una compra apalancada, más conocida por las siglas en inglés como Leveraged Buy Out). Después de la compra la adquirente absorbe a la adquirida -llamada target o sociedad objetivo- (fusión hacia delante), o es absorbida por esta (fusión inversa). La sociedad adquirente puede ser una sociedad ya existente, pero es a menudo una sociedad creada al efecto (en inglés Newco)”.

Concluyéndose que “el resultado de la fusión apalancada es que la sociedad que ha sido comprada acaba soportando el pago de la financiación: La compra la paga la sociedad y no el comprador. El art. 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la regula por primera vez en nuestro país, y aunque se ha discutido si dicho artículo resulta aplicable a los casos de cesión global la respuesta de la doctrina es afirmativa aunque para ello se emplee la analogía. Así, en la Exposición de Motivos de la referida norma se declara: “La incorporación del a Directiva sobre fusiones transfronterizas ha sido ocasión para revisar el régimen jurídico de la fusión y de la escisión, a fin de incluir en el régimen general aquellas normas procedentes de la Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre de 2005, que no son consecuencia del “elemento transfronterizo”; y, sobre todo, a fin de utilizar las posibilidades ofrecidas por la 3ª y la 6ª Directivas -la Directiva 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, y la Directiva 82/891/CEE, de 17 de diciembre de 1982-, ya incorporadas por la Ley 19/1989, de 25 de julio. En este sentido, en materia de fusión, destacan la regulación de la absorción de una sociedad íntegramente participada, la de una sociedad participada al noventa por ciento y también la de aquella operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque el patrimonio de la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuota correspondientes a aquélla, es decir, sin atribución de éstas a los socios de la sucesora”.

Además, se precisa que “las ventajas de la operación son múltiples. El apalancamiento permite con una inversión reducida tomar el control de una empresa de gran dimensión, facilitándose los procesos de concentración. Para la empresa de capital riesgo o private equity, supone multiplicar exponencialmente los beneficios sobre el capital invertido. La fusión que sigue a la compra añade otros beneficios: los financiadores de la LBO pasan a tener directamente garantía sobre los activos de la empresa comprada. Además la confusión de patrimonios permite que el pago de la deuda se haga directamente con la tesorería generada por la empresa, sin tener que pasar por los requisitos y los costes fiscales del reparto de dividendos al comprador. Al mismo tiempo, desde un punto de vista económico, supone un ahorro fiscal para el compradora deducirse como gasto tanto los intereses del préstamo como la amortización del fondo de comercio que se pone de manifiesto. Desde un punto de vista puramente económico se dice que las LBO facilitan las reorganizaciones empresariales y son una vía de solución a los problemas de sucesión empresarial. Al aumentar las ofertas posibles por una empresa, se permitirá generar más valor para el accionista de la adquirida, y el endeudamiento que recae sobre la sociedad

impondrá una mayor disciplina de gestión en empresas antes sobrecapitalizadas. Existe también abundante literatura también sobre cómo el pasar de una sociedad cotizada a una sociedad en poder una empresa de private equity permite unificar los intereses de la propiedad y la gestión, reduciendo costes y mejorando la gestión”.

Establece aquel artículo 35 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, titulado “fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente”, que “en caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial, serán de aplicación las siguientes reglas: 1.^a El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos; 2.^a El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir; 3.^a El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera. En estos supuestos será necesario el informe de expertos, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión”.

El precitado artículo 35 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, constituye una novedad legislativa de alcance y supone un cambio de tendencia. Efectivamente “esta operación, que había sido frecuente en la práctica española, había planteado sin embargo dudas a la doctrina en cuanto a si representaba asistencia financiera, prohibida por los art. 81 LSA y 40.5 LSL. La prohibición de los artículos citados es de “anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las emitidas por sociedad del grupo” . La tendencia parece ser cambiar la prohibición por un régimen de garantías, como permite hoy la legislación de la UE: tras la reforma en 2006, la 2ª Directiva de Sociedades (77/91) los Estados pueden admitir la existencia sometida a determinados requisitos. Esta reforma se justifica en “incrementar la flexibilidad frente a los cambios de propiedad en la sociedad”, es decir que lo que se persigue de forma clara es permitir los LBO con la ayuda financiera de la propia sociedad. En resumen, en esta operación lo más importante es que la sociedad adquirida facilita con su patrimonio su propia adquisición” .

Atendiendo a la misma problemática y con la misma finalidad establece la Sección 260 Delaware GCL, cuyo título es “*Facultades de la Corporación Superviviente o Resultante de una Fusión o Consolidación, Emisión de Acciones, Obligaciones u Otra Deuda*”, lo siguiente: “*Cuando 2 o más corporaciones se fusionan o consolidan, la corporación superviviente o resultante de la fusión puede emitir bonos u otras obligaciones, negociables o no, y con o sin cupones o certificados de interés que graven las*

mismas, hasta un importe suficiente con su capital social para facilitar la realización de todos los pagos a los que esté obligada u obligaciones que deba asumir con la finalidad de efectuar la fusión o consolidación. Con la finalidad de asegurar el pago de tales bonos y obligaciones, será legal para la corporación superviviente o resultante hipotecar su acta constitutiva, derechos, privilegios y propiedades, reales, personales o combinadas. La corporación superviviente o resultante puede emitir certificados de su capital social o de su capital en forma de anotaciones en cuenta, en el caso de que estuviera autorizada a hacerlo, y otros valores a los accionistas de las corporaciones intervinientes a cambio o en pago de las acciones originales, en los importes que fuera necesario de conformidad con los términos del acuerdo de fusión o consolidación, con la finalidad de efectuar tal fusión o consolidación de la manera y en los términos especificados en el acuerdo”²³⁷⁰.

La ubicación de las denominadas “fusiones apalancadas” en torno al proyecto común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, se debe a la nuclear posición de aquel proyecto en el proceso de fusión. Siguiendo la regulación contenida en nuestro ordenamiento jurídico resulta que el presupuesto objetivo, al que solo parcialmente atiende la sección 260 de la Delaware General Corporation Law, puede consistir en que alguna de las sociedades que participan en la fusión hubiera contraído deudas, en los tres años inmediatamente anteriores, bien “ para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión”, o bien “para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación”, o que “sean de importancia por su valor patrimonial”. En el primer supuesto, se refiere a la adquisición del control de una de las sociedades que participan en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, debiéndose aplicar aquí la noción de control a efectos de consolidación de cuentas , el segundo y tercer supuesto aluden a la adquisición de activos cualificados, lo que plantea una inicial cuestión consistente en la determinación de cuales puedan ser esos activos, siendo la única delimitación objetiva la que atiende a su “carácter esencial para su (de la adquirente) normal explotación” o “de importancia por su valor patrimonial” .

El endeudamiento y la solvencia son la razón misma de ser de aquella norma, al procurarse mediante el apalancamiento una operación altamente especulativa. Efectivamente, la regulación de las fusiones apalancadas en el artículo 35 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, ha sido preventiva, “la finalidad de la norma es evitar el excesivo endeudamiento” . Lo cual por una parte supone separarse de los criterios imperantes propios de la “era de las finanzas” , y el dogma de la “financiarización” , y, por otra parte, enfocar la cuestión de las fusiones desde una perspectiva microeconómica en buena medida inasumible en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Además se plantea cuestión de la manera de proceder a la fijación del elemento temporal de ese endeudamiento. Dado que el informe de los “peritos” o “expertos” se hace sobre el proyecto común de fusión adoptado por los órganos de dirección o de administración de las sociedades que participan en la fusión (artículo 8.4 de la Directiva 2005/56, y artículo 34.1 in fine, de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), parece razonable que ésta sea la fecha de su adopción, siendo el dies ad quem el del surgimiento o efectividad, en caso de aplazamiento o refinanciación, de la respectiva deuda, siendo necesaria su vigencia en el momento en que

la fusión surta sus efectos, lo que exigirá un análisis prospectivo de la misma considerando la probable evolución económica mundial, dado que los parámetros de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y el capitalismo financiero exceden de los espacios estatales o regionales, y de la sociedad en particular en ese entorno.

La vinculación del apalancamiento con la “asistencia financiera” se pone de relieve en la exigencia de que el informe de los expertos sobre el proyecto de fusión, deba contener un juicio no sólo sobre la razonabilidad los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos las indicaciones a que se refieren los dos primeros apartados del artículo 35 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles determinando además si existe asistencia financiera, y las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero , con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir, sino también sobre “si existe asistencia financiera” . Lo cual plantea un sofisma, pues si por el mero efecto de la fusión el patrimonio de la adquirida constituye una garantía genérica de reembolso de la deuda, en todos los supuestos habrá “ayuda financiera”. Por ello ha de concluirse que la posible “asistencia financiera” a que se ha de referir el informe de los expertos será aquella diferente de la que constituye la fusión en sí misma considerada.

11.10. El “certificado previo” y el “control de legalidad” de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

El artículo 10 de la Directiva 2005/56, titulado “certificado previo a la fusión”, indica que *“cada Estado miembro designará al tribunal, notario o cualquier otra autoridad competente para controlar la legalidad de la fusión transfronteriza para la parte del procedimiento relativa a cada una de las sociedades que se fusionen y que estén sujetas a su legislación nacional”*, y que aquella autoridad “entregará sin demora a cada una de las sociedades que se fusionen y que estén sujetas a su legislación nacional un certificado que demuestre de forma concluyente la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión”²³⁷¹.

Cuando se aplicable nuestra legislación, al tenor del artículo 64 de la LME, titulado “Certificación previa a la fusión”, determina que a vista de los datos obrantes en el Registro y en la escritura pública de fusión presentada, el Registrador mercantil del domicilio social de la sociedad que se fusiona certificará la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión por parte de las sociedades sujetas a la legislación española, a las que entregará sin demora el correspondiente certificado.

Se precisa además que cuando el ordenamiento jurídico al que esté sujeta una sociedad que se fusione establezca un procedimiento para controlar y modificar la proporción aplicable al canje de los títulos o las participaciones o un procedimiento para compensar a los socios minoritarios, sin impedir la inscripción de la fusión transfronteriza,

tal procedimiento sólo se aplicará cuando las demás sociedades participantes en la fusión, situadas en Estados miembros que no lo prevean, acepten explícitamente, al aprobar el proyecto de fusión transfronteriza de conformidad, la posibilidad de que los socios de dicha empresa recurran a tal procedimiento, que se incoará ante el tribunal a cuya jurisdicción esté sometida la empresa que se fusiona. En esos casos, la precitada autoridad estatal, podrá expedir el certificado pertinente antes aludido, demostrativo de la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión, aun cuando se haya iniciado un procedimiento de este tipo, bien que en dicho certificado deba indicarse que está en curso aquel procedimiento. En todo caso la decisión a que se llegue en el procedimiento será vinculante para la empresa resultante de la fusión transfronteriza y para todos sus socios.

Por otra parte el artículo 11 de la Directiva 2005/56, titulado “Control de la legalidad de la fusión transfronteriza”, establece que Cada Estado miembro designará al tribunal, notario o cualquier otra autoridad competente para controlar la legalidad de la fusión transfronteriza para la parte del procedimiento relativa a la realización de la fusión transfronteriza y, cuando proceda, a la constitución de una nueva sociedad resultante de la fusión transfronteriza cuando esta sociedad resultante de la fusión transfronteriza esté sujeta a su legislación nacional. Esta autoridad controlará en especial que las sociedades que se fusionen hayan aprobado el proyecto común de fusión transfronteriza en los mismos términos y, en su caso, que las disposiciones relativas a la participación e implicación de los trabajadores se hayan establecido de conformidad con lo dispuesto en aquella misma normativa comunitaria.

El cumplimiento de aquellos requisitos se acreditará mediante la remisión del certificado emitido por la autoridad nacional respectiva, que demuestre de forma concluyente la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión, por cada sociedad que se fusione, a la autoridad competente del estado cuya ley se aplique a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, en el plazo de seis meses a partir de su expedición, así como el proyecto común de fusión transfronteriza aprobado por la junta general, en su caso.

Si la sociedad resultante de la fusión esté sujeta a la legislación española, prescribe el artículo 65 LME, que el Registrador mercantil, antes de proceder a la inscripción, controlará también la legalidad del procedimiento en lo relativo a la realización de la fusión y a la constitución de la nueva sociedad o a las modificaciones de la sociedad absorbente, así como la aprobación en los mismos términos del proyecto común por las sociedades que se fusionen y, en su caso, la adecuación de las disposiciones sobre participación de los trabajadores. A estos efectos, cada una de las sociedades participantes remitirá al Registrador mercantil el certificado a que se refiere el artículo anterior en el plazo de seis meses a partir de su expedición, así como el proyecto común de fusión aprobado por la junta de socios.

Continúa aquella norma prescribiendo que en los casos en que deba existir participación de los trabajadores en el sentido de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre

implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, no podrá inscribirse la fusión salvo que se haya celebrado un acuerdo de participación de los trabajadores, haya expirado el período de negociaciones sin que se haya celebrado ningún acuerdo o los órganos competentes de las sociedades que participen en la fusión hayan optado por estar directamente sujetas a las disposiciones subsidiarias establecidas en la Ley 31/2006, de 18 de octubre, y que asimismo, los estatutos de las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas en ningún caso podrán ser contrarios a las disposiciones relativas a la participación de los trabajadores que se hayan fijado.

Si además de la sociedad resultante de la fusión también fuera española alguna de las sociedades que se extinguen, la legalidad del procedimiento de fusión en relación con la misma se realizará por el Registrador mercantil del domicilio de la sociedad resultante de la fusión, siendo suficiente que en el título presentado al Registro conste, debidamente acreditada por el Registrador del domicilio de la sociedad que se extingue, la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión pretendida.

La Sección 11.02 (b) MBCA, como ya se indicó, admite la fusión transfronteriza *“solo si la fusión está permitida por la corporación extranjera”*, de tal manera que *“si y en qué términos una corporación extranjera u otra entidad extranjera está autorizada para fusionarse con una sociedad nacional es un tema que está regulado por las leyes en virtud de las cuales la sociedad u otra entidad esté organizada o por las que esté regulada, no por el capítulo 11”*²³⁷², lo que no excluye los posibles efectos reflejos. Además, es cierto también que esta regulación *“tiene un efecto indirecto en cualquier corporación extranjera (...) que fuera parte de una fusión propuesta con una corporación nacional”*²³⁷³.

De la misma manera, la sección 252.(a) de la Delaware GCL establece que *“cualesquiera 1 o más corporaciones existentes conforme a las leyes de este Estado pueden fusionarse o consolidarse con 1 o más corporaciones organizadas conforme a las leyes de cualquier jurisdicción diferente de una de los Estados Unidos si las normas conforme a las que tal corporación o corporaciones están organizadas permiten a una corporación de tal jurisdicción fusionarse o consolidarse con una corporación de otra jurisdicción. Las corporaciones intervinientes pueden fusionarse en una única corporación, que puede ser cualquiera de las mismas, o pueden consolidarse en una nueva corporación constituida por la consolidación, que puede ser una corporación del estado de constitución de cualquiera de las corporaciones intervinientes, de conformidad con el acuerdo de fusión o consolidación, según corresponda, cumpliendo y aprobado conforme las disposiciones de esta sección. Además, cualquiera de las sociedades intervinientes en virtud de las leyes de este estado puede fusionarse o consolidarse con una o más corporaciones organizadas en virtud de las leyes de cualquier jurisdicción distinta de la de los Estados Unidos, si las leyes en virtud de las cuales la otra corporación o corporaciones están organizadas permiten a la corporación de dicha jurisdicción fusionarse o consolidarse con una corporación de otra jurisdicción”*²³⁷⁴.

La MBCA, exige, en su sección 11.06.(a).(5), que deberá constar en el acuerdo de fusión *“respecto de cualquier corporación extranjera (...) que fuera parte de la fusión (...), una declaración de que la participación de una sociedad extranjera o entidad idónea ha sido debidamente autorizada conforme a la ley orgánica de la sociedad”*²³⁷⁵.

Si Bien otras conclusiones pueden resultar de la exigencia de la sección 252.(c).(5) de la Delaware GCL, de que se deben hacer constar en el acuerdo de fusión cualesquiera “*otras disposiciones o hechos que fueren necesarios recoger en los certificados de incorporación conforme a las leyes del estado que hubiere sido señalado en el acuerdo como las leyes que aplicarán a la corporación superviviente o resultante y que puedan ser recogidas en el caso de fusión o consolidación*”²³⁷⁶.

Con más precisión la New York Business Corporation Law, Sección 907 (NY Code- Sección 907: Fusión o consolidación de sociedades nacionales o extranjeras) establece el siguiente régimen: “(a) *Una o más corporaciones extranjeras y una o más corporaciones nacionales pueden fusionarse o consolidarse en una corporación de este estado o de otra jurisdicción, si dicha fusión o consolidación está permitida por las leyes de la jurisdicción en virtud de la cual cada sociedad extranjera fue constituida. Con respecto a dicha fusión o consolidación, cualquier referencia en el apartado (b) de la sección 901 (Facultad de fusión o consolidación) a una corporación incluirá, a menos de que el contexto requiera otra cosa, ambas corporaciones nacionales y extranjeras.*

(b) Con respecto al procedimiento, incluido el requisito de la autorización del accionista, cada corporación nacional cumplirá con las disposiciones de este capítulo relativo a la fusión y consolidación de sociedades nacionales, y cada corporación extranjera cumplirá con la disposición aplicable de la ley de la jurisdicción en virtud de la cual es incorporada.

(c) El procedimiento para la fusión de una filial o filiales en virtud de la sección 905 (Fusión de una matriz y una filial) será aplicable cuando una filial o corporación que posee al menos el noventa por ciento de las acciones en circulación de cada clase de una filial fuere una corporación extranjera, y dicha fusión esté permitida por las leyes de la jurisdicción en virtud de la cual la corporación extranjera está constituida.

(d) Si la corporación superviviente o consolidada es, o va a ser, una corporación nacional, un Certificado de fusión o consolidación será firmado y entregado al departamento de estado como se indica en la sección 904 (certificado de fusión o consolidación; contenidos) o 905 (Fusión de la matriz y filial), según el caso. Además de los aspectos especificados en dichas secciones, el certificado expondrá respecto de cada corporación interviniente la jurisdicción y fecha de su constitución y la fecha cuando su solicitud de la autorización para hacer negocios en el estado ha sido presentada por el departamento de estado, y su nombre ficticio utilizado en este estado de conformidad con el artículo 13 de este capítulo, si es aplicable, o, si dicha solicitud no ha sido presentada, una declaración a tal efecto.

(e) Si la corporación superviviente o consolidada es, o va a ser, constituida en virtud de la ley de cualquier jurisdicción distinta de la de este estado: (1) Cumplirá con las disposiciones de este capítulo relativo a las corporaciones extranjeras, si es para hacer negocios en este estado. (2) Entregará al departamento de estado un certificado, titulado “Certificado de fusión (o consolidación) de... en... (nombres de las sociedades) en virtud de la Sección 907 de la Business Corporation Law”, que estará firmado en representación de cada corporación interviniente nacional o extranjera. Expondrá: (A) Si el procedimiento de fusión o consolidación de una corporación interviniente nacional se efectuó de conformidad con la sección 902 (Plan de fusión o consolidación) y 903 (Autorización por los accionistas), lo siguiente: (i) La declaración requerida por los subpárrafos (a) (1) y (2) de la sección 902. (ii) La fecha efectiva de la fusión o consolidación, si es otra diferente a la fecha de presentación del certificado de fusión o consolidación al

departamento de estado. (iii) La manera en la que la fusión o consolidación fue autorizada en relación con cada corporación interviniente nacional y que la fusión o consolidación está permitida por las leyes de la jurisdicción de cada corporación interviniente extranjera y está en cumplimiento con la misma. (B) Si el procedimiento para la fusión de una filial se efectuó de conformidad con la sección 905, lo siguiente: (i) Las declaraciones requeridas por los subpárrafos (a) (1), (2), (4) y (5) de la sección 905. (ii) La fecha efectiva de la fusión si es otra a la fecha de presentación del certificado de fusión o consolidación al departamento de estado. (iii) Si la corporación superviviente extranjera es la matriz y dicha corporación no posee todas las acciones de la filial nacional fusionada, la fecha en la que se facilitará a los accionistas de cada filial nacional no poseída por la corporación superviviente nacional de una copia del plan de fusión o una descripción de sus características importantes, o una declaración de que la entrega de dicha copia o descripción ha sido dispensada, si tal es el caso. (iv) Que la fusión está permitida por las leyes de la jurisdicción de cada corporación interviniente extranjera y está en cumplimiento. (v) Si la matriz nacional no es la corporación superviviente, una declaración de que la fusión propuesta ha sido aprobada por los accionistas de la matriz nacional de conformidad con el párrafo (a) de la sección 903 (Autorización por los accionistas). (C) La jurisdicción y fecha de incorporación de la corporación extranjera superviviente o consolidada, la fecha cuando su solicitud para la autorización para hacer negocios en este estado fue presentada al departamento del estado, y su nombre ficticio utilizado en este estado de conformidad con el artículo 13 de este capítulo, si es aplicable, o, si dicha aplicación ha sido entregada, una declaración a tal efecto y que no es para hacer negocios en este estado hasta que una aplicación hubiere sido presentada a dicha autoridad. (D) La fecha de cuando el certificado de incorporación de cada corporación nacional fue presentada al departamento de estado y la jurisdicción y fecha de incorporación de cada corporación interviniente extranjera, distinta de la corporación extranjera superviviente o consolidada, y, en el caso de que dicha corporación esté autorizada a hacer negocios en este estado, la fecha en la que su solicitud a la autoridad fue presentada al departamento de estado. (E) Un acuerdo de que la corporación extranjera superviviente o consolidada pueda recibir notificaciones en este estado respecto de cualquier acción o procedimiento especial para la ejecución de cualquier responsabilidad u obligación de cualquier corporación nacional o extranjera, antes capaz de demandar en este estado, que será la corporación superviviente en dicha fusión o consolidación, y para la ejecución, tal y como se indica en este capítulo, de los derechos de los accionistas de cualquier corporación interviniente nacional para recibir el pago por sus acciones contra la corporación superviviente o consolidada. (F) Un acuerdo por el que, sujeto a las disposiciones de la sección 623 (Procedimiento para cumplir los derechos de los accionistas a recibir el pago por las acciones), la corporación superviviente extranjera o consolidada pagará inmediatamente a los accionistas de cada corporación interviniente nacional el importe, en su caso, al que estarán legitimados en virtud de las disposiciones de este capítulo relativo al derecho de los accionistas a recibir el pago por sus acciones. (G) La designación de un secretario de estado como su agente de notificaciones para que quien pleitee contra él puede ser notificado en la forma expuesta en el párrafo (b) de la sección 306 (Servicio de proceso), en cualquier acción o procedimiento especial, y una dirección postal, dentro o fuera de este estado, al que el secretario de estado enviará una copia de cualquier proceso contra de él. Dicha dirección postal sustituirá cualquier dirección designada con anterioridad como la dirección a la que el proceso será enviado. (H) (i) Una certificación de que todos los honorarios y tasas (incluyendo sanciones e interés) administrados por el departamento de tributos y economía que son debidos y pagaderos por cada corporación interviniente nacional han sido pagadas y que un informe del cese del impuesto de franquicia (estimado o final) a través de la fecha anticipada de la fusión o consolidación (cuya devolución, en su caso, estará sujeta a modificación)

*ha sido presentada por cada corporación interviniente nacional y (ii) un acuerdo de que la corporación superviviente o consolidada extranjera presentará dentro de los 30 días siguientes a la presentación del certificado de fusión o consolidación el informe del cese del impuesto de franquicia, si un informe estimado fue presentado con anterioridad, e inmediatamente pagado al departamento de tributos y economía por cada sociedad constituyente nacional. (f) Después de la presentación del certificado de fusión o consolidación al departamento de estado o en una fecha posterior al respecto que no excederá de 90 días, como será expuesto en dicho certificado, la fusión o consolidación surtirá efecto. (g) La corporación superviviente o consolidada o la corporación extranjera enviará a continuación una copia de dicho certificado, certificada por el departamento de estado, para que sea presentada en la oficina del secretario de cada país en el que esté localizada la oficina de cualquier corporación interviniente distinta de la corporación superviviente, y en la oficina del oficial que es fuera el funcionario de archivo de cada país en el estado en el que los bienes inmuebles de una sociedad interviniente, distinta de la sociedad absorbente, esté situada. (h) Si la corporación superviviente o consolidada es, o va a ser, constituida en virtud de la ley de ese estado, el efecto de dicha fusión o consolidación será el mismo que en el caso de la fusión o consolidación de la corporación nacional en virtud de la sección 906 (Efectos de fusión o consolidación). Si la corporación superviviente o consolidada es, o va a ser, constituida en virtud de la ley de cualquier jurisdicción distinta de la de este estado, el efecto de dicha fusión o consolidación será el mismo que en el caso de la fusión o consolidación de la sociedad nacional, salvo que la ley de dicha jurisdicción estipule lo contrario”.*²³⁷⁷

11.11 El acuerdo de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Después de haber tenido conocimiento, en su caso, de los informes del órgano de dirección o de administración y de los expertos o peritos, “la Junta General de cada una de las sociedades que se fusionen se pronunciará sobre el proyecto común de fusión transfronteriza”, indica el artículo 9, “Aprobación por la junta general”, de la Directiva 2005/56.

Con más precisión se establece que aquella decisión “se referirá a la aprobación del proyecto de fusión y, en su caso, a las modificaciones de los estatutos que necesite su realización” y que “la fusión requerirá al menos la aprobación de la Junta General de cada una de las sociedades que se fusionen, adoptado por acuerdo de al menos una mayoría que no pueda ser inferior a los dos tercios de los votos relativos a los títulos representados o bien al capital suscrito representado, bien que podrá normativamente preverse que, cuando la mitad al menos del capital suscrito esté representado, será suficiente una mayoría simple de aquellos votos, y además, en su caso, se aplicarán las reglas relativas a la modificación de los estatutos. Cuando existan varias categorías de acciones, la decisión sobre la fusión estará subordinada a una votación por separado al menos para cada categoría de accionistas a cuyos derechos afecte la operación” (artículo 7 de la Directiva 2011/35).

Naturalmente ese régimen de mayorías no procede tomarlo en consideración cuando se trate del “acuerdo unánime de fusión”, previsto en el artículo 42 LME, a cuyo tenor, “el acuerdo de fusión podrá adoptarse sin necesidad de publicar o depositar previamente los documentos exigidos por la ley y sin informe de los administradores sobre el proyecto de fusión cuando se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la fusión, en junta universal y por unanimidad”²³⁷⁸

de todos los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente ese derecho”.

El significado y transcendencia del acuerdo de fusión ha sido discutido, pivotando en torno al mismo la determinación de la vinculación negocial o contractual para las sociedades intervinientes en la fusión aspecto sobre el que ya se discurrió en relación con la naturaleza jurídica del proyecto de fusión, y a donde procede remitirse para no ser reiterativos. No obstante conviene efectuar algunas precisiones.

Así si se considera que el significado y la función del proyecto de fusión es meramente informativa, entonces la prestación del consentimiento por las sociedades participantes en el proyecto de fusión ha de situarse en el momento del acuerdo, y dado que siempre existirá una pluralidad de sociedades adoptando acuerdos en fechas o momentos diferente, la perfección de la fusión como negocio, ha de considerarse que no se produce hasta que los acuerdos hayan sido aprobados por todas las Juntas, o en el momento en que se otorga la escritura pública de fusión²³⁷⁹, lo cual traslada la problemática tanto a los supuestos en los que no es precisa la aprobación de la fusión por las Juntas Generales respectivas, como a la función atribuible a la escritura pública o respecto de aquellos sistemas en que su otorgamiento no resulta exigible. Se trata, por tanto, de un acuerdo *“de contenido complejo que se pronuncia sobre las menciones del proyecto de fusión, y para el supuesto de creación de una nueva sociedad, sobre las que resultan necesarias para constituirarla”*²³⁸⁰

La convocatoria de la Junta General deberá cumplir las exigencias ordinarias de la misma²³⁸¹, bien que quepan destacarse²³⁸² problemas específicos respecto de su posible contenido. Pero, además, la celebración de aquella vendrá condicionada por la circunstancia de que todo accionista tendrá derecho, al menos un mes antes de la fecha de la reunión de la Junta General llamada a pronunciarse sobre el proyecto de fusión, a tener conocimiento, en el domicilio social, al menos de los siguientes documentos: (i) el proyecto de fusión; (ii) las cuentas anuales, así como los informes de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que se fusionen; (iii) en su caso, un estado contable cerrado a una fecha que no deberá ser anterior al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión en el caso de que las últimas cuentas anuales se refieran a un ejercicio cuyo final sea anterior en más de seis meses a esta fecha; (iv) en su caso, los informes de los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionen; e) cuando proceda, el informe de los peritos independientes, precisa el artículo 11 de la Directiva 2011/35.

Según nuestro ordenamiento, la fusión habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ella, ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión, con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan. Cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta. La publicación de la convocatoria de la Junta o la comunicación individual de ese anuncio a los socios habrán de realizarse con un mes de antelación, como mínimo, a la fecha prevista para la celebración de la junta; deberán incluir las menciones mínimas del proyecto de fusión legalmente

exigidas; y harán constar la fecha de inserción de los documentos indicados en el artículo anterior en la página web de la sociedad o, si ésta no tuviera página web, el derecho que corresponde a todos los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores a examinar en el domicilio social copia de esos documentos, así como a obtener la entrega o el envío gratuitos de los mismos²³⁸³. Con la consecuencia de que “*ni el proyecto de fusión puede considerarse un negocio definitivo de fusión, ni es lícito entender que la competencia de los administradores para diseñar el proceso de fusión llega hasta el punto de imponer a la Junta la aprobación de la fusión*”²³⁸⁴.

Cuando la fusión se realice mediante la creación de una nueva sociedad, el acuerdo de fusión deberá incluir las menciones legalmente exigidas para la constitución de aquélla, artículo 40, “Acuerdo de fusión” de la LME. Previniéndose específicamente en el artículo 41, “Exigencias especiales del acuerdo de fusión”, de la misma norma que “*el acuerdo de fusión exigirá, además, el consentimiento (...) de los socios de las sociedades que se extingan que hayan de asumir obligaciones personales en la sociedad resultante de la fusión*”, precisión legal “*que debe aplicarse a todos los socios que estén obligados a prestaciones accesorias en la nueva sociedad*”²³⁸⁵ y que “*también será necesario el consentimiento individual de los titulares de derechos especiales distintos de las acciones o participaciones cuando no disfruten, en la sociedad resultante de la fusión, de derechos equivalentes a los que les correspondían en la sociedad extinguida, a no ser que la modificación de tales derechos hubiera sido aprobada, en su caso, por la asamblea de esos títulos*”²³⁸⁶. Se ha entendido que, aun cuando no existe una regla específica respecto de las modificaciones perjudiciales para una clase de acciones, de aquel precepto, “*se deduce que la regla debe ser que, si no pueden subsistir la clase y sus derechos, será necesaria la aprobación por la asamblea, con arreglo al art. 293 LSC*”²³⁸⁷.

A este respecto la MBCA, Sección 11.04²³⁸⁸, establece que “*en el caso de una corporación nacional parte de una fusión (...): (b) Excepto como se indica en la subsección (g) o en la sección 11.05, después de adoptar el plan de fusión (...), el consejo de administración deberá entregar el Proyecto a los accionistas para su aprobación (...). Si el Proyecto de fusión se requiere que sea aprobado por los accionistas, y si la aprobación se va a otorgar en una reunión, la corporación deberá notificar a cada accionista, tanto si está legitimado para votar como si no, la reunión de accionistas en la que el plan va a ser presentado para su aprobación. La notificación debe manifestar que el propósito, o uno de los propósitos, de la reunión es considerar el Proyecto. Si la corporación se va a fusionar en una corporación existente u en otra entidad, deberá contener y acompañarse de una copia o un resumen de los estatutos sociales o documentos organizativos de la nueva sociedad (...). Si la corporación se va a fusionar en una corporación (...) que va a crearse por la fusión, la notificación incluirá o estará acompañada de una copia o un resumen de los estatutos sociales o documentos organizativos de la nueva corporación (e) Salvo que los estatutos sociales, o el consejo de administración actuando de conformidad con la subsección (c), requieran una votación mayor o un número mayor de votos presentes, la aprobación del Proyecto de Fusión exige la aprobación de los accionistas en una reunión en la que un quórum consistente en, al menos la mayoría de los votos que tengan derecho a emitirse sobre el Proyecto, y, si cualquier clase o serie de acciones tiene derecho a votar como grupo separado el Proyecto de Fusión (...), deberá concurrir la aprobación de cada grupo votante por separado en una reunión en la que el quórum de votos por grupo votante sea al menos una mayoría de los votos con derecho a ser emitidos acerca de la fusión (...)*”²³⁸⁹.

Además, específicamente prevé la citada Sección de la MBCA que “(f) la votación por separado de los grupos votantes será necesaria: (1) en un Proyecto de Fusión, por cada clase o serie de acciones que: (i) vayan a ser convertidas conforme al Proyecto de Fusión en otros valores, intereses, obligaciones, derechos para adquirir acciones, otros valores o intereses, efectivo, propiedades, o cualquier combinación de los anteriores; o (ii) tendrían derecho a votar como grupo separado sobre una disposición del Proyecto que, si estuviera recogida en una propuesta de modificación estatutaria, requeriría la intervención por grupos de voto separados en virtud de la sección 10.04; (...) ; y (3) en el Proyecto de Fusión (...), si el grupo votante tiene derecho en virtud de los estatutos sociales a votar como un grupo de voto para aprobar el Proyecto de Fusión (...)”, y también que (h) Si como resultado de la fusión (...) uno o más accionistas de una corporación nacional estuviera sujeto a responsabilidad de propietario (owner liability) por las deudas, obligaciones y responsabilidades de cualquier otra persona o entidad, la aprobación del Proyecto de Fusión requerirá la ejecución, por cada uno de estos accionistas, de un consentimiento por escrito y separado para adquirir dicha responsabilidad de propietario (owner liability)”²³⁹⁰.

Efectivamente, “conforme a la sección 11.04, un Proyecto de Fusión (...) habrá de ser adoptado por el consejo. Posteriormente, el consejo deberá remitir el proyecto a los accionistas para su aprobación, salvo que las condiciones recogidas en la sección 11.04 (g) o la sección 11.05 fueran cumplidas (...). Un plan de fusión habrá de ser siempre aprobado por los accionistas de una corporación que se ha fusionado en otra parte en la fusión, salvo que la corporación sea una filial y la fusión esté regulada por la sección 11.05. Sin embargo, en virtud de la sección 11.04 (g) la aprobación de un Proyecto de Fusión (...) por los accionistas de una sociedad superviviente en una fusión (...) no es requerida si las condiciones manifestadas en esa sección, incluyendo la norma fundamental de la sección 6.2.(f)²³⁹¹, son cumplidas”²³⁹².

Esa sección 11.04 (f) MBCA “establece que una clase o series tienen derecho a votar un Proyecto de Fusión como grupo separado de voto si, de conformidad con la fusión, la clase o series serían convertidas en otros valores, intereses, obligaciones, derechos de adquisición de acciones, otros valores o intereses, efectivo u otras propiedades. Una clase o series también tienen derecho a votar como un grupo de voto independiente si la clase o series tendrían derecho a votar como grupo de voto independiente sobre una disposición del Proyecto que, si estuviera recogida en una propuesta de modificación estatutaria, requeriría la aprobación por esas clase o series, votando como grupo independiente, en virtud de la Sección 10.04. Conforme a este último requisito, una clase o serie tendrá derecho a votar como grupo independiente si los términos de esas clases o series están siendo modificados o las acciones de esa clase o serie están siendo convertidas en acciones de otra clase o series. Cuando la entidad superviviente fuere una corporación mercantil extranjera, no se pretende que los cambios inmateriales en los términos de una clase o series que sean conformes a la aplicación habitual de las leyes de la jurisdicción extranjera por sí mismos creen el derecho a votar como grupo independiente. Precisándose que “bajo la sección 10.04 y por lo tanto bajo la sección 11.04.(f), si un cambio que requiere el votos por grupos independientes afectase a dos o más clases o dos o más series de la misma o sustancialmente igual manera, las clases o series relevantes votarán conjuntamente en lugar de independiente tal cambio. Si el voto independiente de los grupos de voto es requerido para la fusión (...) en virtud de la sección 11.04.(f), éste no será dispensado por la sección 11.04 (g). Si la fusión modificase los estatutos sociales de tal manera que afecte a los requisitos de voto en futuras modificaciones, la transacción deberá ser aprobada por la mayoría de voto exigida por la sección 7.27”^{2393,2394}.

A su vez, la Sección 11.04(e) “establece que la aprobación del Proyecto de Fusión (...) requiere la aprobación de los accionistas en una reunión en la que haya un quórum que consista en la mayoría de votos con derecho a ser emitidos sobre el Proyecto, si cualquier clase o serie de acciones tienen derecho a votar como un grupo independiente sobre el Proyecto, deberá concurrir la aprobación de cada uno de dichos grupos independientes en una reunión en la que el quórum consista en al menos la mayoría de los votos con derecho a ser emitidos sobre el Proyecto por tal o tales clase o series. Si el quórum está presente, entonces bajo la sección 7.25²³⁹⁵ y 7.26²³⁹⁶ el plan será aprobado si más votos a favor del Proyecto son emitidos por el grupo de voto o grupos de voto independiente con derecho a votar el Proyecto. Esto representa un cambio de la regla de voto para fusiones recogida anteriormente en la norma, que requería la aprobación por la mayoría de las acciones en circulación”, También debe tenerse en cuenta la posibilidad de que “en lugar de su aprobación en la junta de accionistas, la aprobación puede ser dada por el consentimiento de todos los accionistas con derecho de voto en la fusión o canje de acciones, bajo los procedimientos establecidos en la sección 7.04^{2397, 2398}”.

No establece la Directiva 2005/56 cual deba ser el contenido del acuerdo de fusión, y la Directiva 2011/35 se limita a establecer en su artículo 7.3 que “la decisión se referirá a la aprobación del proyecto de fusión y, en su caso, a las modificaciones de los estatutos que necesite su realización”. La LME, se limita establecer que el acuerdo habrá de adoptarse “ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión” (artículo 40.1) y que “cuando la fusión se realice mediante la creación de una nueva sociedad, el acuerdo de fusión deberá incluir las menciones legalmente exigidas para la constitución de aquella” (artículo 40.3), estableciendo además que el balance de fusión y las modificaciones de las valoraciones contenidas en el mismo habrán de ser sometidos a la aprobación de la junta de socios que resuelva sobre la fusión a cuyos efectos deberá mencionarse expresamente en el orden del día de la junta²³⁹⁹”.

Sin embargo la MBCA, en su sección 11.06 “Articles of Merger”, establece con precisión que “(a) Después de que el Proyecto de Fusión (...) haya sido adoptado y aprobado tal y como se establece en esta norma, el documento de fusión (...) deberán ser ejecutados en representación de cada parte de la fusión (...) por un ejecutivo u otro representante debidamente autorizado. El documento de fusión deberá exponer: (1) los nombres de las partes de la fusión (...); (2) si los estatutos sociales de la corporación absorbente son modificados, o si la nueva corporación ha sido creada por la fusión, las modificaciones de los estatutos sociales de la corporación absorbente o de la nueva corporación; (3) si el Proyecto de Fusión (...) exigió la aprobación por los accionistas de la corporación nacional que ha sido parte de la fusión (...), una declaración de que el proyecto ha sido debidamente aprobado por los accionistas y, si el voto por cualquier grupo de votación separada fuese exigido, por cualquiera de estos grupo de votación separada, en la forma exigida por esta norma y los estatutos sociales; (4) si el Proyecto de Fusión (...) no exige la aprobación por los accionistas de una corporación nacional que fuera parte de la fusión (...), una declaración a tal efecto; y (5) en relación con cualquier corporación extranjera parte de la fusión, una declaración de que la participación de la corporación extranjera fue debidamente autorizada tal y como se establece la ley orgánica de la corporación²⁴⁰⁰”.

De la misma manera la Delaware GCL, en su sección 252, por una parte establece en su apartado (c) que “el acuerdo será adoptado, aprobado, certificado, ejecutado y reconocido por cada una de las entidades intervinientes de conformidad con las leyes bajo las que se ha constituido y, en caso de

*una corporación de Delaware, de la misma manera que regula la Sección 251 de este título. El acuerdo será depositado y devendrá eficaz a todos los efectos de las normas de este Estado cuando y según está recogido en la Sección 251 de este título con respecto a la fusión o consolidación de corporaciones de este Estado". Por otra parte indica en su apartado (b) que "el acuerdo mencionará: (1) los términos y condiciones de la fusión o consolidación; (2) el modo de llevar la misma a cabo; (3) la manera, si existiera, de convertir las acciones de cada una de las corporaciones intervinientes en acciones u otros valores de la corporación superviviente o resultante de la fusión o consolidación, o de cancelar algunas o todas las citadas acciones, y, si cualesquiera acciones de las corporaciones intervinientes no permanecerán pendientes de conversión únicamente en acciones u otros valores de la corporación superviviente o resultante, el efectivo, propiedades, derechos, valores de cualquier otra corporación o entidad que los propietarios de tales acciones vayan a recibir a cambio de o como consecuencia de la conversión de tales acciones y la entrega de cualesquiera certificados en prueba de las mismas, el efectivo, propiedades, derechos, valores de cualquier otra corporación o entidad podrían ser adicionales o en lugar de las acciones u otros valores de la corporación superviviente o resultante; (4) cualesquiera otros datos o previsiones deseables, incluyendo de manera meramente enunciativa pero no limitativa, una previsión para el pago en efectivo en lugar de la emisión o reconocimiento de partes alicuotas de acciones de la corporación superviviente o resultante o de cualquier otra corporación cuyos valores van a ser recibidos en las fusión o consolidación o respecto de cualquier otro acuerdo respecto de los anteriores consistente con la § 155 de este título; y (5) cualesquiera otras previsiones o hechos que fuera requerido incluir en los certificados de incorporación (léase escrituras de constitución en lo que respecta a las entidades españolas) conforme a las normas del estado que sean indicadas en el acuerdo como las normas aplicables a la corporación superviviente o resultante y que pueden ser establecidas para en supuestos de fusión o consolidación. Cualquiera de los términos del acuerdo de fusión o consolidación pueden estar sujetos a hechos verificables fuera de tal acuerdo, siempre que la forma en la que tales hechos operarán conforme a los términos del acuerdo sean clara y expresamente recogidos en el acuerdo de fusión o consolidación"*²⁴⁰¹.

La New York Business Corporation Law, sección 904 (NY Code- Sección 904: Certificado de fusión o consolidación- contenidos), establece lo siguiente: "(a) después de la adopción del Proyecto de Fusión o consolidación por el consejo de administración y los accionistas de cada sociedad interviniente, salvo que la fusión o consolidación sea abandonada conforme al párrafo (b) de la sección 903 (Autorización de los accionistas), un certificado de fusión o consolidación, titulado "Certificado de fusión (o consolidación) de ... y... en... (nombres de las sociedades) en virtud de la sección 904 del Business Corporation Law" será firmado en representación de cada corporación interviniente y entregado al departamento del estado. Éste recogerá (1) Las declaraciones requeridas por los subpárrafos (a) (1) y (2) de la sección 902. (2) La fecha efectiva de la fusión o consolidación si es otra a la fecha de depósito del certificado de fusión o consolidación por el departamento de estado. (3) En caso de consolidación, cualquier declaración cuya inclusión fuera requerida que se incluyese en el certificado de constitución de una corporación constituida en virtud de este capítulo pero que fue omitido en virtud del subpárrafo (a).(4) de la sección 902. (4) La fecha cuando el certificado de constitución de cada corporación interviniente fue depositada por el departamento de estado. (5) La manera en la que la fusión o consolidación fue autorizada en relación con cada sociedad interviniente. (b) La corporación superviviente o consolidada gestionará a continuación que una copia de dicho certificado, certificada por el departamento de estado, sea presentada en la oficina del secretario de cada estado en el que esté ubicado el domicilio de cada sociedad interviniente distinta de la sociedad superviviente, y en la oficina del oficial que sea el funcionario de archivo de cada

*condado en el estado en el que estén situados los bienes inmuebles de cada sociedad intervinientes, distinta de la sociedad absorbente*²⁴⁰².

Dos cuestiones se plantean en relación con la adopción del acuerdo de fusión. La primera relativa a las modificaciones sobrevenidas entre la fecha de adopción del proyecto o plan de fusión y aquella en que las Juntas Generales de las sociedades intervinientes en la fusión se reúnan pueda adoptar, en su caso, el acuerdo de fusión. La segunda referente si las juntas generales de cada sociedad pueden modificar el proyecto o plan de fusión, y en su caso, en qué medida. Respecto de las modificaciones o alteraciones sobrevenidas, dos precisiones deben efectuarse, la primera relativa a la medida en que puede ser de aplicación la cláusula “*rebus sic stantibus*”, cuya respuesta dependerá de la posición adoptada respecto de la naturaleza del proyecto o plan de fusión, por lo que nos remitimos al apartado relativo a al estudio de la operatividad de aquella cláusula en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, la segunda de aquellas precisiones es que, con independencia de la posición que se mantenga respecto de la naturaleza jurídica del proyecto o plan de fusión, la ley regula determinadas alteraciones sobrevenidas en dicho interregno existente entre la adopción del proyecto o plan de fusión y su sometimiento a la aprobación de las Juntas Generales de cada sociedad interviniente en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas. Este aspecto sí debe ser tratado en este apartado.

Indica el artículo 39.3 LME, que “*las modificaciones importantes del activo o del pasivo acaecidas en cualquiera de las sociedades que se fusionan, entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la de la reunión de la junta de socios que haya de aprobarla, habrán de comunicarse a la junta de todas las sociedades que se fusionan. A tal efecto, los administradores de la sociedad en que se hubieran producido las modificaciones deberán ponerlas en conocimiento de los administradores de las restantes sociedades para que puedan informar a sus respectivas juntas. Esta información no será exigible cuando, en todas y cada una de las sociedades que participen en la fusión, lo acuerden todos los socios con derecho de voto y, en su caso, quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente ese derecho*”. Se critica la genérica alusión al “activo y pasivo”, por vaga.

Ciertamente no parece que cualquier alteración, por nimia que sea, entre dentro de esa previsión normativa. Para poder apreciarla habrá de acudir al principio de “importancia relativa”. Según aquel principio contable²⁴⁰³ “*se admitirá la no aplicación estricta de algunos de los principios y criterios contables cuando la importancia relativa en términos cuantitativos o cualitativos de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere la expresión de la imagen fiel. Las partidas o importes cuya importancia relativa sea escasamente significativa podrán aparecer agrupados con otros de similar naturaleza o función*”. Materialidad (o importancia relativa), según la NIC 1, supone que “*las omisiones o inexactitudes de partidas son materiales (o tienen importancia relativa) si pueden, individualmente o en su conjunto, influir en las decisiones económicas tomadas por los usuarios con base en los estados financieros. La materialidad dependerá de la magnitud y la naturaleza de la omisión o inexactitud, enjuiciada en función de las circunstancias particulares en que se haya producido. La magnitud o la naturaleza de la partida, o una combinación de ambas, podría ser el factor determinante*”²⁴⁰⁴. Atendiendo a ese criterio, se precisará

la importancia de la variación en el activo o pasivo, para cumplir con aquella obligación de comunicación.

Sobre la introducción de modificaciones en el proyecto o plan de fusión por las Juntas Generales con ocasión de la adopción del acuerdo de fusión por las mismas se precisa que algunos ordenamientos jurídicos lo admiten²⁴⁰⁵. Se afirma que “cabe que se introduzcan cambios en el proyecto de fusión, pero no unilateralmente por una de las Juntas de socios sino de común acuerdo y aceptados por todas las sociedades implicadas. Lo relevante es que se alcance una convergencia de contenido entre los diversos acuerdos”²⁴⁰⁶. No obstante el característico “carácter dinámico de las deliberaciones”²⁴⁰⁷ de la Junta general, determina una alta probabilidad de que aquellas modificaciones acordadas por diferentes Juntas generales de distintas sociedades, cuyos intereses aunque coincidentes en llevar a efecto la fusión no tiene por qué ser también coincidentes en las ventajas deparadas a cada sociedad participante y a sus accionistas, sean de diferente alcance y contenido. Por ello parece oportuna la matización según la cual “en definitiva, el acuerdo de fusión adoptado por cada una de las sociedades debe ajustarse estrictamente al proyecto común de fusión; cualquier acuerdo de una sociedad que unilateralmente, modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta (art. 40.1. LME). Esto es, no será posible proseguir un proceso de fusión de sociedades si una de ellas introduce cambios en el proyecto común de fusión (que previamente no se hubiesen incorporado al mismo de consuno) o si vota en contra (se descuelga); esto último, a salvo que se hubiese incluido de manera expresa y consensuada en el proyecto de fusión una cláusula que lo permita (“cláusula de descuelgue”)²⁴⁰⁸.

El deber de ajustarse el acuerdo que adopte la Junta General de cada sociedad “estrictamente” al proyecto de fusión así como la imperativa previsión legal de que cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta”, establecida en el artículo 40.1 in fine LME, no parece que sean obstáculo insuperable a la posibilidad de introducir modificaciones en el Proyecto de Fusión, si se acuerdan por todas las juntas generales de todas las sociedades participantes en la fusión²⁴⁰⁹. También podrá llevarse cabo la modificación del proyecto de fusión si así está establecido en el propio proyecto y se hace uso de la misma²⁴¹⁰. En todo caso sí parece que para garantizar el derecho de información de accionistas y terceros, de las sociedades que participan el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, que tan cuidadosamente protege la Ley, en la publicación o comunicación del acuerdo ha de efectuarse una cumplida y exacta referencia a la que se ha modificado, y en qué sentido, el proyecto o programa de fusión²⁴¹¹.

La exigible fidelidad del acuerdo de la Junta General de cada sociedad interviniente en el proceso de fusión, no supone que la fusión, según sus modalidades, no pueda exigir “*pronunciamientos que no puedan ser idénticos para todas las sociedades que se fusionan*”²⁴¹², lo que no supone separación del proyecto de fusión, sino que éste seguirá siendo su núcleo por más que las exigencias concretas de la clase de fusión impongan particularidades de los distintos acuerdos sociales²⁴¹³. Tampoco impide que, al adoptarlo, aun cuando no conste en el

proyecto ni trascienda al contenido del orden del día de la correspondiente convocatoria, la Junta General de cada una de las sociedades que se fusionen pueda “*condicionar la realización de la fusión transfronteriza a la ratificación expresa de las disposiciones decididas para la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza*”, como precisa el artículo 9.2 de la Directiva 2011/35, y reitera el artículo 61, “Aprobación por la junta de socios”, de la LME, según el cual “*al pronunciarse sobre el proyecto común de fusión transfronteriza, la junta de socios de cada una de las sociedades que se fusionen podrá condicionar la realización de la fusión a la ratificación expresa de las disposiciones decididas para la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza*”.

11.12. La publicación del acuerdo de fusión y el derecho de oposición de los acreedores de las sociedades anónimas que participan en la fusión transfronteriza.

La publicación del acuerdo de fusión y el derecho de oposición de los acreedores de las sociedades anónimas que participan en la fusión transfronteriza son dos aspectos del proceso de fusión íntimamente vinculados, pero que tanto desde un punto de vista dogmático como práctico pueden y deben ser considerados separadamente.

11.12.1 La publicación o comunicación del acuerdo de fusión.

El acuerdo de fusión habrá de publicarse. Así se deduce del artículo 18 de la Directiva 2011/35, según la cual “*la fusión deberá ser objeto de una publicidad efectuada según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE, por cada una de las sociedades que se fusionen*” y “*la sociedad absorbente podrá proceder por sí misma a las formalidades de publicidad relativas a la sociedad o sociedades absorbidas*”. Según el artículo 66.2 de la LME, establece: “*en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” deberá publicarse una indicación, para cada una de las sociedades que se fusionen, de las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores y, cuando proceda, de los socios de las sociedades que se fusionen, así como la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre esas condiciones*”. Además, aquella misma ley, en su artículo 43, “Publicación del acuerdo”, indica lo siguiente: “*el acuerdo de fusión, una vez adoptado, se publicará en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores*”²⁴¹⁴. No obstante, prosigue indicando el mismo precepto “*no será necesaria la publicación a que se refiere el apartado anterior cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad*”.

La finalidad de aquella publicación es hacer posible la oposición de los acreedores al acuerdo favorable a la fusión, por ello no se requiere cuando se efectúa la comunicación individual, a cada socio y acreedor, en las condiciones antes descritas. No obstante, semejante limitación de la obligación de publicidad puede ser fuente de importante inseguridad jurídica, en la medida en que las sociedades que se fusionen no tengan actualizados los domicilios de los acreedores, carezcan de ellos o simplemente desconozcan quiénes sean todos sus acreedores, que gocen del derecho de oposición. Baste con pensar en salarios adeudados a los trabajadores, cuando se da una gran cantidad de contratos temporales y en la movilidad de los trabajadores en busca de nuevos empleos. Los efectos del defectuoso cumplimiento del deber de publicación o de su falta, y, alternativamente, de la falta de comunicación individual a socios y acreedores, van más allá de la garantía de los acreedores alcanzando a los propios accionistas o socios, en cuanto que es necesario un correcto y completo cumplimiento para que pueda finalizar el proceso de fusión con éxito. Por ello se afirma que “interesa a los socios y a los acreedores de las sociedades implicadas, a quienes se reconoce, por ello, un concreto derecho de información sobre el contenido íntegro del acuerdo y balance de fusión, que habrá de constar en la publicación”²⁴¹⁵.

La referencia a un medio que “asegure la recepción” parece que se refiere a que se ha realizado la entrega efectiva de la comunicación del acuerdo de fusión, sí que parezca suficiente, según la literalidad de la norma su mero intento: por ello ha de cuestionarse si es suficiente la utilización de “correo certificado con acuse de recibo”, cuando no se ha logrado pero sí se ha intentado llevar a cabo aquella notificación, aun cuando se hubiere dirigido al domicilio o lugar indicado a la sociedad para practicar aquellas notificaciones²⁴¹⁶. La Ley no contiene referencia alguna que justifique la suficiencia con la intención de notificar a modo de como lo hace el párrafo segundo del artículo 1262 de nuestro Código Civil²⁴¹⁷. Aquel método de notificación del acuerdo de fusión, alternativo al de su publicación, no se somete por la Ley a requisito de conformidad previo por el posible destinatario. Lo cual es coherente con los tiempos que nos ha tocado vivir. La misma problemática se plantea en relación con la utilización de medios informáticos en cuyo caso la referencia al domicilio debe sustituirse por la referencia a una dirección de correo electrónico, sitio web, etc.

En todo caso la acreditación del envío de la comunicación es necesaria sin que “baste con una mera manifestación genérica sin presentar ningún documento”²⁴¹⁸ de que la comunicación se ha efectuado o intentado. Se afirma que cuando no existen acreedores conocidos por la sociedad participante en el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas parece que, “admitido el sistema de comunicación individual, no cabe duda de que es posible que los administradores declaren simplemente que no hay acreedores, pues, si no los hay, evidentemente no se puede obligar a los administradores ni a declarar que se les ha remitido comunicaciones ni tampoco a publicar”. Esto supondría la posibilidad de una “fusión instantánea”, “pues no debería transcurrir el mes desde la publicación o comunicación del acuerdo”²⁴¹⁹. No obstante, lo cierto es que los administradores pueden declarar que a la sociedad no le consta, ni ellos conocen, la existencia de acreedores, pero no establecer de manera indubitada que no existen

acreedores, por ello en tal caso ha de operar necesariamente la alternativa publicación del acuerdo de fusión.

11.12.2. El derecho de oposición de los acreedores sociales y de los obligacionistas.

Determina la Directiva 2005/56, en su artículo 4.2, que las disposiciones y trámites relativos al proceso de toma de decisiones por las sociedades anónimas envueltas en un proceso de fusión transfronteriza, se adoptarán “*teniendo en cuenta el carácter transfronterizo de la fusión*”, e incluirán los relativos “*la protección de los acreedores de las sociedades que se fusionen, de los obligacionistas y tenedores de títulos o acciones*”²⁴²⁰.

Habiéndose tratado ya de la protección de los tenedores de títulos y acciones, resta referirse ahora a la protección de los acreedores sociales y de los obligacionistas, mediante el concreto mecanismo de atribución a los mismos de un derecho de oposición a la fusión misma.

Esa protección específica se establece en la Directiva 2011/35, de acuerdo con cuyo artículo 13 deberá interpretarse, y cuyo contenido es el siguiente: “*1. Las legislaciones de los Estados miembros deberán prever un sistema de protección adecuado de los intereses de los acreedores de las sociedades que se fusionen para las deudas nacidas con anterioridad a la publicación del proyecto de fusión y aún no vencidas en el momento de esta publicación. 2. Con este fin, las legislaciones de los Estados miembros preverán, al menos, que estos acreedores tengan derecho a obtener garantías adecuadas cuando la situación financiera de las sociedades que se fusionen haga necesaria para la protección y siempre que los citados acreedores no dispongan ya de tales garantías. Los Estados miembros establecerán las condiciones de la protección contemplada en el apartado 1 y en el párrafo primero del presente apartado. En cualquier caso, los Estados miembros deberán garantizar que los acreedores estén autorizados a dirigirse a la autoridad administrativa o judicial competente para obtener las garantías adecuadas, siempre que puedan demostrar, de forma convincente, que debido a la fusión, la satisfacción de sus derechos está en juego y que no han obtenido las garantías adecuadas de la sociedad. 3. La protección podrá ser diferente para los acreedores de la sociedad absorbente y los de la sociedad absorbida*”.

En aplicación de aquella normativa comunitaria se establece en los derechos europeos la oposición de los acreedores²⁴²¹, que se enuncia en el artículo 66.2 LME, según el cual como se señaló en el apartado anterior, debe publicarse en la Boletín Oficial del Registro Mercantil una indicación, para cada una de las sociedades que se fusionen, de las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores y, cuando proceda, de los socios de las sociedades que se fusionen, así como la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre esas condiciones.

En este sentido, el artículo 44 de la misma norma, “Derecho de oposición de los acreedores”, indica que: “*1. La fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos. 2. Dentro de ese plazo, los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese*

proyecto en el Registro Mercantil y no estuviera vencido en ese momento, podrán oponerse a la fusión hasta que se les garanticen tales créditos. Si el proyecto de fusión no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil competente, la fecha de nacimiento del crédito deberá haber sido anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor. Los obligacionistas podrán ejercer el derecho de oposición en los mismos términos que los restantes acreedores, salvo que la fusión hubiere sido aprobada por la asamblea de obligacionistas. Los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados no tendrán derecho de oposición”.

Añadiendo también aquel artículo 44 LME que “3. En los casos en los que los acreedores tengan derecho a oponerse a la fusión, ésta no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento. 4. Si la fusión se hubiera llevado a efecto a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, sin observancia de lo establecido en el apartado anterior, el acreedor que se hubiera opuesto podrá solicitar del Registro Mercantil en que se haya inscrito la fusión que, por nota al margen de la inscripción practicada, se haga constar el ejercicio del derecho de oposición. El registrador practicará la nota marginal si el solicitante acreditase haber ejercitado, en tiempo y forma, el derecho de oposición mediante comunicación fehaciente a la sociedad de la que fuera acreedor. La nota marginal se cancelará de oficio a los seis meses de su fecha, salvo que con anterioridad se haya hecho constar, por anotación preventiva, la interposición de demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad en la que se solicite la prestación de garantía del pago del crédito conforme a lo establecido en esta Ley”.

Aquel derecho de oposición “se concibe como un derecho potestativo que la Ley otorga al acreedor frente a determinadas actuaciones de la sociedad deudora. Se formaliza en un acto cuyo objeto es la tutela preventiva del crédito en tanto que suspende la ejecución del acuerdo, adoptado por aquella, hasta no quede garantizada su satisfacción”²⁴²². En su regulación, nuestro ordenamiento es continuista respecto de la regulación garantista anterior²⁴²³, y se materializa, en su ejecución, como “un acto jurídico, que configura un sistema de tutela preventiva del crédito mercantil, especial, exclusiva y excluyente. Se comprende, de este modo, que la oposición actúe en el plano de la perfección del acuerdo, lo que no podría predicarse de otro instrumento tuitivo típicamente represivo”²⁴²⁴.

La legitimación activa viene deferida a los acreedores de las sociedades que se fusionen” y a “los obligacionistas”, éstos últimos en cuanto que acreedores especiales²⁴²⁵, “teniendo en cuenta el carácter transfronterizo de la fusión”. Esta última precisión no supone que la protección se haya de atribuir, únicamente o con singularidades específicas, a los acreedores que hayan hecho uso de las libertades de establecimiento, de circulación de personas o de capitales en el seno de la Unión Europea. La remisión a las legislaciones nacionales supone que se está comprendiendo a todos los acreedores y obligacionistas, eso sí con un estricto respecto al principio de igualdad de trato, que debe “debe conciliarse con el respeto de la legalidad”²⁴²⁶. Lo cual ha planteado problemas respecto de los acreedores de las sociedades absorbente y absorbida/s, dada la transnacionalidad de la fusión²⁴²⁷. La legitimación pasiva se refiere a cada una de las sociedades intervinientes en la fusión, pero el hecho de que el

proyecto de fusión sea “común” no “mutualiza” en todas las intervinientes en el proceso de fusión la responsabilidad por las deudas ni frente a los obligacionistas

Los acreedores que tienen derecho a oponerse a la ejecución de la fusión, son los que ostenten créditos que cumplan siguientes requisitos: (i) que hayan nacido con anterioridad a la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil. Su “*fundamento parece ser que desde que existe una posibilidad de conocimiento público del procedimiento de fusión, los acreedores han de tener en cuenta la posible fusión a la hora evaluar la solvencia del deudor*”²⁴²⁸; (ii) que no hayan vencido “*en ese momento*”. El fundamento de esta exclusión del acreedor con crédito vencido es que “*éste tiene a su favor unos medios que podría haber ejercitado, en particular, asegurarse el pago de su crédito con un embargo*”²⁴²⁹, no obstante si se trata de un crédito que vence durante ese plazo, parece que debe reconocérsele ese mismo derecho²⁴³⁰. Consecuentemente no gozarán del derecho de oposición aquellos acreedores cuyos créditos se encuentren “*ya suficientemente garantizados*”, sin que se precise cuál deba ser esa garantía, y, por ello, parece que será válida tanto una garantía real como personal, con suficiencia actual²⁴³¹.

El plazo de ejercicio de ese derecho es de un mes contado, en su caso, desde el último anuncio o comunicación, constituyendo un plazo de caducidad, no de prescripción, sin que sea posible su suspensión o su interrupción²⁴³², al no estar prevenida legalmente. Ha de ejercitarse mediante declaración expresa frente a la sociedad, mediante una declaración unilateral de voluntad de carácter recepticio²⁴³³, precisando aquellos extremos que, en su caso, han de hacerse figurar en la escritura de fusión. Esto es, “*la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad*” (artículo 227.2.2ª del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil).

Los efectos del ejercicio del derecho de oposición consisten en la paralización del proceso de fusión²⁴³⁴, con efectos “*erga omnes*”²⁴³⁵, de tal manera que:

- (i) “No podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento”, precisa el artículo 44.3 LME;
- (ii) “Si la fusión se hubiera llevado a efecto a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, sin observancia de lo establecido en el apartado anterior, el acreedor que se hubiera opuesto podrá solicitar del Registro Mercantil en que se haya inscrito la fusión que, por nota al margen de la inscripción practicada, se haga constar el ejercicio del derecho de oposición”, indica el artículo 44.4 LME.

Aquellos efectos pueden ser enervados como precisa la propia norma y se ha indicado en el apartado (i) anterior. Esto es, presentando la sociedad afectada, otra sociedad interviniente en el proceso de fusión o un tercero, por cuenta de la sociedad afectada, una garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, mediante la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento. Además, parece que la satisfacción o el pago de la deuda o la declaración de su inexistencia, o de inexistencia de los requisitos de oponibilidad²⁴³⁶ serán también medios para que desaparezcan y se levanten, en su caso, los efectos acordados suspensivos del proceso de fusión.

11.13 La escritura pública o documento de fusión. Su inscripción registral, archivo o depósito (filing by the secretary of state).

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas afecta al orden jurídico y económico, provocando una alteración, más o menos intensa, en el discurrir del sistema capitalista que puede afectar de manera relevante a su principio cardinal de principio de economía de mercado abierta con libre competencia, así como la desaparición de alguna(s) persona(s) jurídica(s) con la posible emergencia de una nueva persona jurídica, con la circulación o transmisión de patrimonios.

Semejantes alteraciones afectan a multitud de personas físicas y jurídicas. Por ello, es necesario que se ajuste a las reglas básicas del sistema, mundialmente vigente, de economía de mercado, y que la existencia misma de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas conste indubitadamente.

Atendiendo a esa necesidad, tanto la Directiva 2005/56 como la MBCA, y las normativas legales influidas por éstas, exigen su publicidad legal, que naturalmente trasciende de la consecuencia y efectos que, de ordinario, se atribuyen a la misma. Esa publicidad requiere de la previa documentación del negocio o contrato de fusión, momento en el que surgen determinadas peculiaridades, propias de culturas jurídicas matizadamente diferentes. La formalización e inscripción de la fusión²⁴³⁷ son aspectos íntimamente vinculados entre sí²⁴³⁷, de ahí la oportunidad de tratarlos conjuntamente.

11.13.1 La escritura pública o documento de fusión.

La Directiva 2005/56, en coherencia con la Directiva 2011/35 alude a la “entrega de documentos” atinentes a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Así, indica que: (i) “La fusión deberá ser objeto de una publicidad efectuada según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE”, indica el artículo 18 de la Directiva 2011/35; (ii) “Sin perjuicio de las formalidades y los requisitos sustantivos establecidos por la legislación nacional de los Estados miembros, las sociedades deben poder elegir realizar la presentación de sus actos e indicaciones obligatorios en papel o por medios electrónicos”²⁴³⁸. A su vez, a nivel nacional español, el artículo 45.1, “Escritura pública de fusión”, de la LME, establece que “las sociedades que se fusionan elevarán el acuerdo de fusión adoptado a escritura pública, a la cual se incorporará el balance de fusión de aquéllas o, en el caso de fusión de sociedades cotizadas, el informe financiero semestral por el que el balance se hubiera sustituido”.

De la misma manera la MBCA, establece, en su sección, 11.06 (a), que “después de que un proyecto de fusión (...) haya sido adoptado y aprobado de conformidad con esta Ley, el documento de fusión (...) será ejecutado en representación de cada parte de la fusión por un ejecutivo u otro representante debidamente autorizado”²⁴³⁹, lo que determine que el “depósito del documento de fusión haga de la transacción una cuestión de registro público”²⁴⁴⁰.

La Delaware GCL, en su sección 252 (c), indica que “ el acuerdo será adoptado, aprobado, certificado, suscrito y reconocido por cada una de las corporaciones intervinientes de conformidad con su ley aplicable y, en caso de una corporación de Delaware, de la misma forma que se regula en la Sección 251 de este título” y que “si una mayoría del capital en circulación con derecho a voto votara en favor de la adopción del acuerdo, ese hecho será certificado en el acuerdo por el secretario o vicesecretario de la corporación, en el bien entendido que dicho certificado sobre el acuerdo no será necesario si un certificado de la fusión o consolidación es depositado en lugar del acuerdo. Si el acuerdo fuera así adoptado y certificado por cada una de las corporaciones intervinientes, será entonces depositado y devendrá eficaz, de conformidad con la Sección 103 de este título. En lugar de depositar el acuerdo de fusión o consolidación requerido por esta Sección, la corporación superviviente o resultante puede depositar un certificado de fusión o consolidación, suscrito de conformidad con la Sección 103 de este título”²⁴⁴¹.

Igualmente la New York Business Corporation Law, sección 904 (a) (NY Code - Section 904: Certificate of merger or consolidation) determina que “tras la adopción del proyecto de fusión o consolidación por el consejo y los accionistas de cada corporación participante, salvo que la fusión fuera abandonada de conformidad con el párrafo (b) de la Sección 903 (Autorización por los accionistas), un certificado de fusión o consolidación denominado “Certificado de fusión (o consolidación) de ...y..... en(nombres de las corporaciones conforme a la Sección 904 de la Ley de Sociedades Mercantiles” será firmado en representación de cada entidad participante y entregado al Departamento de Estado”²⁴⁴².

Aludir a “escritura pública” o a “documento de fusión constituye una alternativa escasamente relevante en cuanto que depende de cada ordenamiento jurídico particular. Con ello no quiere significarse que el otorgamiento de la escritura pública no pueda ser relevante”²⁴⁴³. En nuestro sistema “la fusión, cualquiera que sea el procedimiento seguido, incluía la transfronteriza, debe ser elevada a escritura pública (...). La exigencia de formalización notarial del negocio de fusión es conforme con lo previsto con carácter general en nuestro Derecho registral y habida cuenta del principio de titulación pública (...). Sin embargo,

*la preceptiva intervención notarial en la formalización de la fusión no es exigible en el Derecho comunitario*²⁴⁴⁴, pero tampoco es exclusiva de nuestro sistema²⁴⁴⁵.

En torno a la exigencia de la documentación del negocio o contrato de fusión en escritura pública en nuestro sistema se ha suscitado una importante polémica, cuya raíz se encuentra en que, *“la exigencia legal de que la sociedades que se fusionan eleven al acuerdo de fusión en escritura pública (...) no dilucida si la formalización de la fusión en escritura pública es elemento esencial del negocio de fusión, o simplemente, constituye el soporte formal necesario para que la inscripción de la fusión, ya existente como negocio, pueda tener acceso al Registro mercantil competente (...) y desencadenar su eficacia”*²⁴⁴⁶.

Esa indeterminación legal no es intrascendente en cuanto que *“supone dejar abierto el problema con respecto a donde ubicar el negocio de fusión a efectos de poder determinar el momento en el que las sociedades participantes quedan ya vinculadas”*²⁴⁴⁷.

Se afirma, desde una determinada posición que “en nuestra ley, el otorgamiento de la escritura es el momento de “realización de la fusión”²⁴⁴⁸, bien porque “el consentimiento se presta en la junta, pero el negocio no se perfecciona en ese momento sino que es necesaria la escritura”²⁴⁴⁹, bien porque “los acuerdos de la Junta de cada sociedad tienen un alcance interno y por tanto necesitan el consentimiento que constituye el contrato de fusión. Éste se perfecciona con la escritura pública, lo que, por tanto no es sólo un mero presupuesto o trámite de la inscripción (...) con la escritura pública se perfecciona la fusión como contrato ente las sociedades participantes”²⁴⁵⁰. En otra perspectiva se precisa que “la escritura pública sirve de título para la inscripción constitutiva de la fusión (forma ad regularitatem como vehículo de publicidad registral)”²⁴⁵¹, no *ad solemnitatem*, apostillándose que “por mucho que la fusión esté documentada en escritura pública, no existirá como tal hasta que se inscriba en el registro competente. Si se quiere ver así, faltando la inscripción, estaremos ante una “fusión de hecho” o “irregular” pero no se producirán los efectos propios de la fusión (...). Lo relevante es, en definitiva que exista acuerdo convergente de las sociedades, no su formalización (simple “elevación a público”) en escritura pública”²⁴⁵².

El contenido de la escritura pública y el contenido del documento de fusión no se establecen directamente en la Directiva 2005/56, bien que indirectamente pueda deducirse del contenido del proyecto de fusión y del acuerdo de fusión. Lo mismo ocurre con la Directiva 2011/35.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 45 LME, establece que:”1. Las sociedades que se fusionan elevarán el acuerdo de fusión adoptado a escritura pública, a la cual se incorporará el balance de fusión de aquéllas o, en el caso de fusión de sociedades cotizadas, el informe financiero semestral por el que el balance se hubiera sustituido. 2. Si la fusión se realizara mediante la creación de una nueva sociedad, la escritura deberá contener, además, las menciones legalmente exigidas para la constitución de la misma en atención al tipo elegido. Si se realizara por absorción, la escritura contendrá las modificaciones estatutarias que se hubieran acordado por la sociedad absorbente con motivo de la fusión

y el número, clase y serie de las acciones (...) que hayan de ser atribuidas, en cada caso, a cada uno de los nuevos socios". A su vez el artículo 66 de la misma ley, precisa que *"será aplicable a la sociedad o sociedades sujetas a la legislación española que participen en la fusión lo dispuesto sobre publicación de las fusiones con carácter general"*.

El artículo 227 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, que ha de ser reinterpretado a la vista de lo dispuesto en la LME, determina lo siguiente: *"1. Para su inscripción, la fusión se hará constar en escritura pública otorgada por todas las sociedades participantes, 2. La escritura recogerá separadamente respecto de cada una de las sociedades intervinientes, además de las circunstancias generales, las siguientes: 1.ª La manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad, sobre el cumplimiento de lo establecido en el artículo 238²⁴⁵³ de la Ley de Sociedades Anónimas y de que han sido puestos a disposición de los socios y acreedores los documentos a que se refiere el artículo 242²⁴⁵⁴ de dicha Ley. 2.ª La declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad. 3.ª La fecha de publicación en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" del depósito del proyecto de fusión. 4.ª Las fechas de publicación del acuerdo de fusión en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil". 5.ª El balance de fusión de las sociedades que se extinguen y, en su caso, el informe de los auditores. 6.ª El contenido íntegro del acuerdo de fusión, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente. 3. Si alguna de las sociedades que se fusionan se encontrara en quiebra, se hará constar en la escritura pública la resolución judicial que autorice a la sociedad a participar en la fusión"*.

Se precisa que si se trata de una fusión por creación de nueva sociedad han de hacer constar la voluntad de constituirla con indicación de los requisitos constitutivos de la nueva sociedad, que por hipótesis hemos considerado que sería una sociedad anónima (artículos 22 y 23 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) con las aportaciones efectuadas por cada socio, a las que se obligue así como el contenido íntegro de los estatutos de la nueva sociedad, con indicación de la identidad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la nueva sociedad. Si se trata de una fusión por absorción, han de hacerse constar las modificaciones estatutarias de la sociedad absorbente por causa de la fusión, y además, como precisa el artículo 45.2 LME, *"el número, clase y serie, en cada caso, de las acciones que hayan de ser atribuidas a cada uno de los nuevos socios"*. Se parte *"del supuesto normal de la existencia de un acuerdo de modificación de los estatutos consistente en un aumento de capital para integrar a los socios de las absorbidas según la relación de canje"*²⁴⁵⁵, no obstante no siempre será necesario ese aumento de capital o solamente lo será en una determinada cuantía.

A este respecto, además, se precisa también que *"separadamente respecto de cada sociedad interviniente (además de sus circunstancias generales) han de constar en la escritura"*²⁴⁵⁶: a) *"las manifestaciones: sobre informaciones socios y a terceros (...), y de que no ha habido oposición de acreedores ni obligacionistas; o la identidad de los que se hayan opuesto, importe de cada crédito y garantías prestadas; b) "las fechas: de publicación en el BORME del depósito del proyecto o de inscripción en la página web (...) salvo caso de comunicación individual y escrita a socios y acreedores", en cuyo caso habrá de hacerse*

constar con detalle éstas; c) El balance de fusión de cada una de las sociedades) y en su caso el informe de los auditores, bien que, cabe recordar, la legislación nacional aplicable puede estipular que no se exija el estado contable o “balance de fusión”, si así lo han acordado todos los accionistas y tenedores de otros títulos que confieran derecho a voto de todas y cada una de las sociedades que participen en la fusión” (artículo 11.1, in fine, de la Directiva 2011/35); d) “el contenido íntegro del acuerdo de fusión y el canje de acciones y derechos se completa el contenido mínimo de la escritura”, e) que ningún socio ha hecho uso del derecho de separación o, en su caso, que ha sido debidamente reembolsado el valor de las acciones de los socios que lo hubieren ejercitado”.

Esa enumeración de circunstancias que han de figurar en la escritura de fusión no excluye que, en su caso, deban constar determinadas circunstancias especiales, como la resolución judicial pertinente autorizando a la sociedad a participar en la fusión si aquella se encontrara en situación concursal, así como las menciones que han de constar en los supuestos de fusiones especiales de los artículos 49 y 50 LME, o el consentimiento individual de los socios en los casos en que asumen la realización de prestaciones accesorias. A la escritura de fusión han de acompañar determinados documentos, que habitualmente se integran en la propia escritura de fusión, aun cuando pueden aportarse separadamente, como son el proyecto de fusión, ejemplares de los diarios en los que se hubiere publicado la convocatoria y las Juntas generales y acuerdos de fusión, el informe de los administradores y del experto(s) independiente, la autorizaciones de las entidades supervisoras del mercado competentes por el sector en que operen las sociedades anónimas intervinientes en la fusión, la certificación de la autoridad laboral acerca de la implicación de los trabajadores, el certificado negativo de denominaciones del Registro Mercantil Central, y las comunicaciones debidas de efectuar a las autoridades de la competencia competentes.

En cuanto al contenido del documento de fusión, las normas ejemplares norteamericanas señalan lo siguiente:

La MBCA establece en su Sección 11.06 que el documento de fusión o “articles of merger” contendrá (shall set forth): “(1) los nombres de las partes de la fusión (...); (2) si los estatutos sociales de la corporación superviviente son modificados, o si la nueva corporación ha sido creada como consecuencia de la fusión, las modificaciones de los estatutos sociales de la corporación superviviente o de la nueva corporación; (3) si el plan de fusión (...) exigió la aprobación por los accionistas de la sociedad nacional que ha sido parte de la fusión (...), una declaración de que el Proyecto ha sido debidamente aprobado por los accionistas y, si el voto por cualquier grupo de votación separada fuese exigido, por cualquiera de estos grupos de votación separada, en la forma exigida por esta norma y los estatutos sociales; (4) si el Proyecto de Fusión (...) no exige la aprobación por los accionistas de una corporación nacional que era parte de la fusión (...), una declaración a tal efecto; y (5) respecto de cualquier corporación extranjera que fuera parte de la fusión, una declaración de que la participación de la corporación extranjera fue debidamente autorizada tal y como se establece en su ley orgánica”²⁴⁵⁷.

La Delaware GCL, establece en el mismo sentido en su sección 252.(b), que: “todas las corporaciones intervinientes firmarán un acuerdo de fusión o consolidación. El acuerdo recogerá: (1) los

términos y condiciones de la fusión o consolidación; (2) el modo de efectuar la misma; (3) la manera, si existiera, de convertir las acciones de cada una de las corporaciones intervinientes en acciones u otros valores de la corporación superviviente o resultante de la fusión o consolidación, o de cancelar algunas o todas las citadas acciones, y, si cualesquiera acciones de las corporaciones intervinientes no permanecerán pendientes de conversión únicamente en acciones u otros valores de la corporación superviviente o resultante, el efectivo, propiedades, derechos, valores de cualquier otra corporación o entidad que los propietarios de tales acciones vayan a recibir a cambio de o como consecuencia de la conversión de tales acciones y la entrega de cualesquiera certificados en prueba de las mismas, el efectivo, propiedades, derechos, valores de cualquier otra corporación o entidad podrían ser adicionales o en lugar de las acciones u otros valores de la corporación superviviente o resultante”; (4) aquellos otros detalles o disposiciones como fueran considerados convenientes, incluyendo, sin limitar la generalidad de los anteriores, la disposición para el pago del efectivo en lugar de la emisión o reconocimiento de acciones fraccionadas de la corporación superviviente o resultante o de cualquier otra sociedad, los valores que fueran a ser recibidos en la fusión o consolidación, o cualesquiera otros acuerdos relacionados con lo anterior consistentes con lo dispuesto en el § 155 de este capítulo; y (5) aquellas otras disposiciones o hechos como fuera exigido que constasen en los certificados de constitución por las leyes del estado que se indicase en el acuerdo que serán las que aplicarán a la corporación superviviente o resultante y que puedan ser recogidos en el supuesto de una fusión o consolidación. Cualquiera de los términos del acuerdo de fusión o consolidación puede depender de hechos verificables fuera de dicho acuerdo, siempre que la manera en la que tales hechos operarán fuera clara y expresamente expuesta en el acuerdo de fusión o consolidación”²⁴⁵⁸.

La New York Business Corporation Law, Sección 904 (NY Code - Section 904: Certificate of merger or consolidation), dispone al respecto que “*a) después de la adopción del Proyecto de Fusión o consolidación por el consejo y los accionistas de cada corporación interviniente, salvo que la fusión o consolidación fuera abandonada conforme al párrafo (b) de la sección 903 (Autorización por los accionistas), un certificado de fusión o consolidación, titulado “Certificado de fusión (o consolidación) de... y... en... (nombres de sociedades) en virtud de la sección 904 de la Business Corporation Law”, será firmado en representación de cada corporación interviniente y entregado al departamento de estado. Dicho certificado recogerá: (1) la declaración requerida por los subpárrafos (a) (1) y (2) de la sección 902 (Proyecto de fusión o consolidación). (2) la fecha efectiva de la fusión o consolidación si fuera distinta de la fecha de depósito del certificado de fusión o consolidación por el departamento de estado; (3) en caso de consolidación, cualquier declaración que se exigiere ser incluida en el certificado de constitución de una corporación constituida en virtud de este capítulo pero que hubiera sido omitido en virtud del subpárrafo (a).(4) de la sección 902; (4) la fecha cuando el certificado de constitución de cada corporación interviniente fuera depositada por el departamento de estado. (5) La manera en la que la fusión o consolidación fue autorizada en relación con cada corporación interviniente”*.²⁴⁵⁹

11.13.2 La inscripción registral de la escritura pública de fusión. Archivo o depósito (filing by the secretary of state) del documento de fusión.

La Directiva 2005/56 establece, en su artículo 13 que “*la legislación de cada uno de los Estados miembros a la que estaban sujetas las sociedades objeto de la fusión determinará, por lo que se*

refiere a su territorio, las formas de publicidad de la realización de la fusión transfronteriza, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva (2009/101), en el registro público en el que cada una de estas sociedades había sido requerida a proceder a la entrega de los documentos. El registro en el que se inscribe la sociedad resultante de la fusión transfronteriza notificará sin demora al registro en el que cada una de estas sociedades había sido requerida a proceder a la entrega de los documentos, que se ha realizado la fusión transfronteriza. La baja en el registro anterior, si procede, se producirá al recibo de dicha notificación, y en ningún caso con anterioridad a la misma”.

Esta disposición es coherente con la exigencia contenida en el artículo 18 de la Directiva 2011/35, según el cual; “1. La fusión deberá ser objeto de una publicidad efectuada según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE, por cada una de las sociedades que se fusionen. 2. La sociedad absorbente podrá proceder por sí misma a las formalidades de publicidad relativas a la sociedad o sociedades absorbidas”.

Según el artículo 66, “Publicidad e inscripción de la fusión transfronteriza”, de la LME: “1. Será aplicable a la sociedad o sociedades sujetas a la legislación española que participen en la fusión lo dispuesto sobre publicación de las fusiones con carácter general. (...) 3. Cuando la sociedad resultante de la fusión esté sujeta a la legislación española, el Registro Mercantil que haya practicado la inscripción lo notificará de inmediato a los Registros donde estén inscritas las sociedades participantes para que se proceda a su cancelación”.

La inscripción registral o el archivo (filing by the secretary of state) del documento de fusión de la fusión transfronteriza de sociedades anónima tiene, para la generalidad de los sistemas jurídicos, carácter fundamental.

Respecto de la inscripción registral, según el artículo 46, “Inscripción de la fusión”, de la LME: “1. La eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente. 2. Una vez inscrita la fusión se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas”.

La MBCA precisa en su sección 11.06 (b) que: “(b) el documento de fusión (...) será entregado al secretario de estado para su depósito por la corporación superviviente de la fusión (...), y surtirá efecto en la fecha efectiva indicada en la sección 1.23”. Según aquella sección 1.23 MBCA (“Hora y Fecha efectiva del Documento”): “(a) Excepto lo previsto en la subsección (b) y la sección 1.24 (c), un documento aceptado para su depósito es efectivo: (1) en la fecha y hora de depósito, como fuera evidenciado por el secretario de estado al objeto de registrar la fecha y hora de depósito; o (2) en la hora especificada en el documento como su hora efectiva en la fecha en que es depositado. (b) un documento puede especificar una fecha y hora efectiva retrasada, y si así lo hace el documento deviene efectivo en la hora y fecha especificada. Si un retraso efectivo de la fecha pero no de la hora es especificado, el documento es efectivo en el momento de cierre de los negocios en esa fecha. La de fecha de efectos retrasada para un documento no puede postergarse a más de 90 días tras la fecha de depósito”. A su vez la Sección 1.24 MBCA, “Corrección de un Documento Presentado”, establece: que “(a) una corporación nacional o extranjera puede corregir un documento depositado por el secretario de estado si: (1) el documento contiene una inexactitud, o (2) el

*documento fue defectuosamente ejecutado, confirmado, sellado, verificado y admitido, o (3) la transmisión electrónica fue defectuosa. (b) Un documento es corregido: (1) preparando el documento de corrección que (i) describa el documento (incluyendo su fecha de depósito) o adjunte una copia al documento, (ii) especifique la inexactitud o defecto a corregir, y (iii) corrija la inexactitud o defecto; y (2) entregando el documento de corrección al secretario de estado para su depósito. (c) El documento de corrección es efectivo en la fecha efectiva del documento que corrigen excepto en relación con personas que confíen en el documento incorrecto y fueran negativamente afectadas por la corrección. En relación con esas personas, el documento de corrección es efectivo cuando se deposite”.*²⁴⁶⁰

En el mismo sentido precisa la sección 252 de la Delaware GCL²⁴⁶¹, que “*el acuerdo será depositado y devendrá eficaz a todos los efectos de las leyes de este Estado cuando y tal y como se ha indicado en el § 251 de este título con respecto a la fusión o consolidación de corporaciones de este Estado. En lugar de depositar el acuerdo de fusión o consolidación, la corporación superviviente o resultante puede depositar un certificado de fusión o consolidación, ejecutado conforme al § 103 de este título, que recoja: (1) El nombre y estado o jurisdicción de incorporación de cada una de las sociedades constituyentes; (2) Que un acuerdo de fusión o consolidación ha sido aprobado, adoptado, certificado, ejecutado y reconocido por cada una de las corporaciones intervinientes conforme a esta subsección; (3) El nombre de la corporación superviviente o resultante; (4) En caso de fusión, aquellas modificaciones o cambios en el certificado de constitución de la corporación superviviente como se desee que devenga efectivos por la fusión, o, si tales modificaciones o cambios no son deseados, una declaración de que el certificado de constitución de la corporación superviviente será su certificado de constitución; (5) En el caso de consolidación, que el certificado de constitución de la sociedad resultante será conforme al expuesto en el adjunto al certificado; (6) Que el acuerdo suscrito de la consolidación o fusión está archivado en una oficina de la corporación superviviente y la dirección del mismo; (7) Que una copia del acuerdo de consolidación o fusión será suministrado por la corporación superviviente, previa solicitud y sin coste, a cualquier accionista de cualquier corporación interviniente; (8) Si la sociedad absorbente o resultante de la fusión o consolidación va a ser una sociedad de este Estado, el capital social autorizado de cada corporación interviniente que no sea una corporación de este Estado; y (9) El acuerdo, en su caso, exigido por la subsección (d) de esta sección”.* El citado apartado (d) señala que “*(d) Si la corporación superviviente o resultante de la fusión o consolidación va a estar regulado por las leyes del Distrito de Columbia o cualquier otro Estado o jurisdicción, ésta acordará que podrá ser notificada en este Estado en cualquier procedimiento para la ejecución de cualquier obligación de cualquier corporación interviniente de este Estado, así como para la ejecución de cualquier obligación de la corporación superviviente o resultante derivada de la fusión o consolidación, incluyendo cualquier demanda u otro procedimiento para ejecutar el derecho de cualquier accionista que fuera determinado en un procedimiento de valoración de conformidad con la Sección 262 de este título y designará irrevocablemente al Secretario de Estado como su agente a efectos de notificaciones en cualquiera de tales demandas u otros procedimientos y especificará la dirección a la que copia de tal proceso debe notificarse por el Secretario de Estado. En el supuesto de tal notificación por el Secretario de Estado de conformidad con esta subsección, el Secretario de Estado notificará de inmediato a tal corporación superviviente o resultante del mismo por carta, carta certificada con acuse de recibo, dirigida a tal corporación superviviente o resultante a su dirección así especificada, salvo que dicha corporación superviviente o resultante hubiera designado por escrito al Secretario de Estado otra dirección distinta a tales efectos, en cuyo caso será enviada a la última dirección así designada”.*²⁴⁶²

La New York Business Corporation Law, sección 904 (NY Code - Section 904: Certificate of merger or consolidation), indica al respecto que “(a) Después de la adopción del plan de fusión o consolidación por el consejo y los accionistas de cada sociedad interviniente, salvo que la fusión o consolidación sea abandonada conforme al párrafo (b) de la sección 903 (Autorización por los accionistas), un certificado de fusión o consolidación, titulado “Certificado de fusión (o consolidación) de... y... en... (nombres de sociedades) en virtud de la sección 904 de la Business Corporation Law”, será firmado en representación de cada sociedad interviniente y entregado al departamento de estado. Éste recogerá: (1) La declaración requerida por los subpárrafos (a) (1) y (2) de la sección 902 (Plan de fusión o consolidación). (2) La fecha efectiva de la fusión o consolidación si fuera distinta a la de depósito del certificado de fusión o consolidación por el departamento de estado. (3) En caso de consolidación, cualquier declaración que debiera ser incluida en el certificado de constitución de una sociedad constituida en virtud de este capítulo pero que fue omitida en virtud del subpárrafo (a) (4) de la sección 902. (4) La fecha en la que el certificado de constitución de cada corporación interviniente fue depositado por el departamento de estado. (5) La manera en la que la fusión o consolidación fue autorizada en relación con cada corporación interviniente. (b) La corporación superviviente o consolidada enviará a continuación una copia de dicho certificado, certificada por el departamento de estado, para que sea depositada en la oficina del secretario de cada estado en el que esté localizada la oficina de cualquier corporación interviniente, distinta de la corporación superviviente, y en la oficina del funcionario que fuera el funcionario de archivo de cada condado en el estado en el que se encuentren bienes inmuebles de cualquier corporación interviniente, distinta de la corporación superviviente”²⁴⁶³.

En el sistema de inscripción registral²⁴⁶⁴ se afirma que la inscripción es “excepcionalmente constitutiva” lo que “no quiere decir que la publicidad registral funcione en este supuesto como un requisito material de validez o eficacia del contrato plurilateral de organización que es la fusión”²⁴⁶⁵, sino que se reconduce a la producción de los efectos propios y característicos de la fusión, pero no a todos los efectos²⁴⁶⁶, de tal manera que sin inscripción aquellos no se producirán “ipso iure y simultáneamente”²⁴⁶⁷, porque “para proteger los intereses tanto de los socios como de los terceros, resulta oportuno que, (...) la realización de la misma sean objeto de una publicidad efectuada en el registro público correspondiente”²⁴⁶⁸, o, en otros términos, “la publicidad garantizada por la Directiva 2009/101/CE (...) para proteger los intereses de socios y terceros, debe extenderse a las operaciones relativas a la fusión con el fin de que los terceros estén suficientemente informados”²⁴⁶⁹.

La falta de inscripción determina la “irregularidad” de la fusión, no su inexistencia. Por ello, adoptada en forma y tempestivamente la decisión de fusionarse habrá que entender que la misma obliga a todas las sociedades participantes, a sus socios y a sus respectivos administradores a su ejecución en las condiciones previstas y, negativamente, a evitar cualquier conducta acuerdo o decisión que pueda perjudicar su plena eficacia: eficacia plena que sólo se alcanza con su inscripción constitutiva en el registro competente²⁴⁷⁰.

También tiene efecto “constitutivo” de la fusión el archivo del documento de fusión (filing by the secretary of state). De esta forma, “el documento de fusión (...) será entregado al secretario de estado para su depósito por la superviviente de la fusión (...) y entrará en vigor en la fecha efectiva prevista en el apartado 1.23”, se afirma en la sección 11.06 (b) MBCA. De tal manera

que “el depósito del documento de fusión (...) hace de la transacción una cuestión de dominio público. Las exigencias de presentación están expuestas en la sección 1.20. La fecha efectiva del documento de fusión es la fecha efectiva de su depósito, salvo que se disponga otra cosa. En virtud de la Sección 1.23, el documento puede especificar una hora y fecha efectiva retrasada, y si así lo hace, el documento deviene efectivo a la hora y fecha especificadas, excepto que la fecha efectiva retrasada no podrá ser posterior a los 90 días después de la fecha en que se presentó el documento”²⁴⁷¹. Esto es, “la fusión tiene efectos en la fecha en la que el documento de fusión es depositado, salvo que una fecha posterior en no más de 90 días desde la fecha de depósito fuera especificada en el citado documento” (“a merger takes effect on the date the articles of merger are filed, unless a later date, not more than 90 days after filing, is specified in the articles”)²⁴⁷². De esta forma, como indica la Sección 1.20.(a) MBCA “si un documento entregado a la oficina del secretario de estado para su depósito cumple los requisitos de la sección 1.20, el secretario de estado lo depositará”²⁴⁷³.

11.14. Los efectos de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Con expresividad indica la Sección 259 (Status, Rights, Liabilities, etc., of Constituent and Surviving or Resulting Corporations Following Merger or Consolidation) de la Delaware GCL: “(a) Cuando una fusión o consolidación devenga eficaz conforme a este capítulo, a todos los efectos de las normas de este Estado, la existencia separada de todas las corporaciones intervinientes, o de todas las corporaciones intervinientes menos aquella en la que se hubieren fusionadas las otras corporaciones intervinientes en la fusión, cesará y las entidades intervinientes en el proceso de fusión devendrán una nueva corporación o se fusionarán en una de tales corporaciones, según corresponda, poseyendo todos los derechos, privilegios, facultades y franquicias ya sea de naturaleza pública o privada, y estando sujeta a todas las restricciones, incapacidades y deberes de cada una de tales corporaciones así fusionadas o consolidadas; y todos y cada uno de los derechos, privilegios, facultades y franquicias de cada una de tales corporaciones, y todas las propiedades, reales, personales o de ambas condiciones, y todas las deudas debidas a cualquiera de tales corporaciones intervinientes por cualquier motivo, así los derechos de suscripción y cualesquiera otros bienes en proceso pertenecientes a cualquiera de tales será transferidos a la corporación superviviente o resultante de tal fusión o consolidación; y todas las propiedades, derechos, facultades y franquicias y todos y cualquier interés será tras ello efectivamente de la propiedad de la corporación superviviente o resultante como lo fueron de las varias y respectivas corporaciones intervinientes, y el título de cualquier activo inmobiliario transferido por escritura o de cualquier otro modo, conforme a las leyes de este Estado, de cualquiera de tales corporaciones intervinientes, no revertirán o serán en cualquier modo impedidos por el presente Capítulo; pero todos los derechos de acreedores y todos los gravámenes sobre cualquier activo inmobiliario de tales entidades intervinientes se preservarán intactos, y todas las deudas, responsabilidades y deberes de la respectiva corporación interviniente serán por tanto transferidos a dicha entidad resultante o superviviente y podrán ser ejecutados contra ella en la misma medida que tales deudas, responsabilidades y deberes hubieran sido incurridas o contratadas por ella”²⁴⁷⁴.

Ciertamente “el núcleo sobre el que se construye el concepto legal de fusión viene configurado por los que, tradicionalmente, se conocen como efectos de la fusión”²⁴⁷⁵, por lo que procede remitirse a los epígrafes correspondientes, en los que se ha tratado sobre las notas esenciales del concepto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas (apartado 8.4.2 y sus correspondientes

subapartados). Nos limitamos en este apartado a tratar aquellos efectos desde la perspectiva estrictamente procedimental²⁴⁷⁶. Lo que no obvia la necesidad de efectuar algún puntual y preciso recordatorio de los aspectos sustantivos de los efectos²⁴⁷⁷ de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. En todo caso ha de destacarse que cuando de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se trata los aspectos procedimentales y sustantivos manifiestan una especial vinculación e interconexión que hacen aparecer los “efectos” como un “sumatorio” de todos ellos²⁴⁷⁸.

Así la Directiva 2005/56, atendiendo a la idea de que “para proteger los intereses de los socios y terceros, deben indicarse los efectos jurídicos de la fusión transfronteriza distinguiendo las situaciones en que la sociedad resultante de la fusión transfronteriza sea una sociedad absorbente o una nueva sociedad”²⁴⁷⁹, indica, en su artículo 14, “Efectos de la fusión transfronteriza”, lo siguiente: *“La fusión transfronteriza realizada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, letras a) y c), producirá, a partir de la fecha contemplada en el artículo 12, los siguientes efectos: a) la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida se transferirá a la sociedad absorbente; b) los socios de la sociedad absorbida se convertirán en socios de la sociedad absorbente; c) la sociedad absorbida dejará de existir. 2. La fusión transfronteriza realizada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, letra b), producirá, a partir de la fecha contemplada en el artículo 12, los siguientes efectos: a) la totalidad del patrimonio activo y pasivo de las sociedades que se fusionen se transferirá a la nueva sociedad; b) los socios de las sociedades que se fusionen se convertirán en socios de la nueva sociedad; c) las sociedades que se fusionan dejarán de existir”*.

Añade aquel precepto de la Directiva 2005/56, tres reglas específicas, que atañen no solo al aspecto sustantivo, sino también al aspecto procedimental de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas:

- (i) *“3. Cuando la legislación de los Estados miembros imponga, en el caso de fusión transfronteriza de sociedades contempladas por la presente Directiva, trámites especiales para que la transferencia de determinados bienes, derechos y obligaciones aportados por las sociedades que se fusionen sea oponible a terceros, dichos trámites se aplicarán y serán efectuados por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza”;*
- (ii) *“4. Los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza se transferirán, en razón de este hecho, a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto”;*
- (iii) *“5. No se intercambiarán participaciones de la sociedad absorbente por participaciones de la sociedad absorbida en poder de: a) la propia sociedad absorbente o a través de una persona que actúe en su nombre pero por cuenta propia; b) la propia sociedad absorbida o a través de una persona que actúe en su nombre pero por cuenta propia”*.

A su vez, el artículo 19 de la Directiva 2011/35, establece: *“1. La fusión produce ipso iure y simultáneamente los siguientes efectos: a) la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y*

la sociedad absorbente como con respecto a terceros, de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente; b) los accionistas de la sociedad absorbida se convertirán en accionistas de la sociedad absorbente; c) la sociedad absorbida dejará de existir. 2. No se cambiará ninguna acción de la sociedad absorbente contra las acciones de la sociedad absorbida ostentadas: i) bien sea por la sociedad absorbente misma o por una persona que actúe en su propio nombre pero por cuenta de la sociedad; ii) o bien por la sociedad absorbida misma o por una persona que actúe en su propio nombre pero por cuenta de la sociedad”²⁴⁸⁰.

Precisando aquel artículo 19 de la directiva 2011/35, en su apartado 3, que “*lo dispuesto anteriormente será sin perjuicio de las legislaciones de los Estados miembros que requieran formalidades particulares para la oponibilidad a terceros de la transferencia de ciertos bienes, derechos y obligaciones aportados por la sociedad absorbida. La sociedad absorbente podrá proceder ella misma a estas formalidades; no obstante, la legislación de los Estados miembros podrá permitir a la sociedad absorbida continuar procediendo a estas formalidades durante un período limitado que no podrá fijarse, salvo casos excepcionales, en más de seis meses después de la fecha en que hubiera surtido efectos la fusión*”.

En la LME no se tratan los efectos de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas “*de forma sistemática y diferenciada, sino que su regulación aparece dispersa a lo largo de todo el articulado que organiza el régimen de la fusión*”²⁴⁸¹.

Consecuencia especialmente relevante en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, es la relativa al eventual nacimiento de una nueva sociedad si el procedimiento ha sido precisamente por constitución de una nueva sociedad, y la inevitable y consecuente extinción de las sociedades que participaron en el proceso de fusión. No obstante si el procedimiento lo fuera por absorción no se crea una nueva sociedad ni se extinguen todas las sociedades participante en el proceso de fusión, pues la sociedad resultante es la absorbente, participante en el proceso de fusión no se extingue y se mantiene en su “mismidad”, aunque cambie de denominación, nacionalidad y domicilio. En éste último caso si la sociedad absorbente estaba en liquidación ha de tener que salir de ese estado lo que se requerirá el acuerdo previo o simultáneo de su reactivación²⁴⁸².

Según la sección 11.07, de la Model Business Corporation Act, “*Efecto de la fusión*”: (a) *Cuando una fusión cobra eficacia: (1) la corporación (...) que es designada en el proyecto de fusión como la superviviente continúa o deviene en existencia, según corresponda; (2) la existencia separada de cada corporación (...) fusionada en la superviviente cesa; (3) todas las propiedades poseídas y cualquier derecho contractual poseído por cada corporación fusionada en la superviviente es transferida a ésta última sin reversión o deterioro; (4) todas las responsabilidades de cada corporación (...) fusionada en la superviviente son transferidas a ésta; (5) el nombre de la superviviente puede, pero no necesariamente, ser sustituido en cualquier procedimiento pendiente por el nombre de cualquier corporación participante en la fusión cuya existencia separada cesó en la fusión; (6) los estatutos sociales (...) de la superviviente son modificados en la medida recogida que así se previera en el Proyecto de Fusión; (7) los estatutos sociales (...) de una corporación superviviente que sea creada como consecuencia de la fusión devienen eficaces; y (8) las acciones de cada corporación que es parte de la fusión (...) que vayan a ser convertidos conforme al Proyecto de Fusión en acciones, intereses elegibles, obligaciones, derechos de adquisición de valores, otros valores o*

intereses elegibles, efectivo, otras propiedades o cualquier combinación de los anteriores son convertidos y los antiguos tenedores de tales acciones (...) tienen derecho únicamente a los derechos otorgados a los mismos en el Proyecto de Fusión o a aquellos derechos que pudieran bajo el capítulo 13”²⁴⁸³. . Continuando la misma sección 11.07 MBCA indicando que²⁴⁸⁴ “d) En el momento en el que una fusión devenga eficaz 8...), la superviviente de la fusión deberá: (1) designar al secretario de estado como su agente de notificaciones en cualquier procedimiento para ejecutar los derechos de los accionistas de cualquier corporación nacional que sea parte de una fusión y que ejerciten sus derechos a obtener una valoración; y (2) acordar que inmediatamente pagará el importe, en su caso, al que los accionistas tuvieran derecho conforme al capítulo 13”²⁴⁸⁵.

Efectivamente, “conforme la Sección 11.07 (a) en el caso de una fusión la superviviente y las demás partes de la fusión que se fusionan en la superviviente devienen en una única corporación. La superviviente automáticamente deviene la propietaria de todas las propiedades reales y personales y también se transforma en el sujeto de todas las responsabilidades, actuales o contingentes de cada una de las partes que se fusionan en ella. Una fusión no es un traspaso, transmisión o cesión. No otorga el derecho a plantear demandas de reversión o deterioro de título basadas en un traspaso, transmisión o cesión prohibidos. No otorga el derecho a reclamar que un contrato con una parte de la fusión no está en vigor en adelante sobre la base de su no posibilidad de cesión, salvo que el contrato prevea específicamente que sobrevivirá en caso de fusión. Todos los procedimientos pendientes que afecten ya sea a la superviviente o a una parte cuya existencia cese como consecuencia de la fusión, continuarán. Conforme a la Sección 11.07.(a).(5), el nombre de la superviviente puede pero no necesita ser substituido por el nombre de cualquier parte de la fusión cuya existencia separada cese a consecuencia de la fusión. La sustitución puede ser realizada ya sea si superviviente es demandante o demandada, y puede realizarse a instancia del superviviente o de una contraparte. Tal sustitución no tiene efecto sustantivo, porque ya sea o no el nombre de la superviviente substituido, ésta sucede en cualquier demanda y está sujeta a las responsabilidades de cualquier parte de la fusión cuya existencia separada cesara como consecuencia de la fusión.”²⁴⁸⁶.

Asimismo, se destaca por el Comentario Oficial que “conforme a la Sección 11.08(a).(8), en la fecha de eficacia de una fusión los antiguos accionistas de la corporación que es fusionada en la superviviente tienen derecho únicamente a los derechos recogidos en el Proyecto de Fusión (los cuales incluirían cualesquiera derechos que tuvieran como propietarios de la contrapartida que adquieren) o a cualesquiera derechos que pudieran tener conforme al capítulo 13 (...). Estas previsiones no se pretende que impidan cualquier otro cuestionamiento adecuado acerca de la validez de la fusión, o que sustituyan o de otro modo afecten cualesquiera previsiones del Capítulo 13 referidas a la exclusividad de derechos conforme a tal capítulo” ²⁴⁸⁷. Igualmente refiere el citado Comentario Oficial que “conforme a la Sección 11.07.(d) cuando una fusión deviene eficaz la corporación u otra entidad extranjera que sea la superviviente de la fusión se entiende que al secretario de estado como su agente de notificaciones para cualquier proceso para ejecutar los derechos de cualesquiera accionistas de cada corporación nacional que sea parte de la fusión que ejercitasen sus derechos a obtener una valoración y para acordar que acordar que inmediatamente pagará el importe, en su caso, al que los accionistas tuvieran derecho conforme al capítulo 13 (Derecho a obtener una valoración y pago por acciones). Este resultado está fundamentado en el consentimiento implícito de tal corporación u otra entidad extranjera a los términos del Capítulo 11 en virtud del que suscribirían un acuerdo que está regulado por el citado capítulo”²⁴⁸⁸.

A su vez, la New York Business Corporation Law, sección 906 (NY Code - Section 906: Effect of merger or consolidation) establece que “*con el depósito del certificado de fusión o consolidación por el departamento de estado o en cualquier otra fecha posterior a ésta, sin que pueda exceder de 30 días, tal y como sea recogido en tal certificado, la fusión o consolidación será efectuada. (b) Cuando tal fusión o consolidación haya sido efectuada: (1) Tal corporación superviviente o consolidada será, desde ese momento, consistentemente con su certificado de constitución tal y como éste hubiere sido alterado o constituida por la fusión o consolidación, poseedora de todos los derechos, privilegios, inmunidades, facultades y objetivos de cada una de las entidades participantes. 82) Toda la propiedad, real y personal, incluyendo la suscripción de acciones, acciones y todos y cada uno de cualesquiera otros activos de cada una de la entidades intervinientes se transferirán a tal corporación superviviente o consolidada sin necesidad de ningún otro acto o escritura; (3) la corporación superviviente o consolidada asumirá y será responsable de todas las responsabilidades, obligaciones y penalidades de cada una de las entidades supervivientes. Ninguna obligación debida o que deviniera debida, reclamación o demanda por cualquier causa existente contra tales entidades intervinientes, o cualquier accionista, miembro, directivo o consejero de las mismas, será liberada o deteriorada por tal fusión o consolidada. Ninguna acción o procedimiento, ya sea civil o penal, pendiente por o contra tal entidad participante o cualquier accionista, miembro, ejecutivo o consejero de las mismas, será suprimida o suspendida por tal fusión o consolidada, pero podrá ser ejecutada, perseguida, resuelta o comprometida como si tal fusión o consolidación no hubiera ocurrido, o tal corporación superviviente o consolidada podría ser sustituida en tal acción o procedimiento en marcha de cualquier entidad participante. (4) en el caso de una fusión, el certificado de constitución de la entidad superviviente será automáticamente modificado en la medida, en su caso, que tales cambios estén recogidos en el Proyecto de Fusión y, en el caso de una consolidación, las manifestaciones recogidas en el certificado de consolidación y que fueran requeridas o permitidas ser incluidas en un certificado de constitución de una corporación constituida conforme este capítulo, será su certificado de constitución*”.²⁴⁸⁹

11.15 La aplicabilidad de la cláusula “rebus sic stantibus” a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

El proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas conlleva temporalidad²⁴⁹⁰.

Durante ese lapso de tiempo se concluye el proyecto o plan común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, cuya naturaleza contractual no impide que su eficacia vinculatoria para las partes, o actualidad, este sometida, en su caso, a la aprobación por la Junta General de accionistas de cada sociedad participante en aquel proceso de fusión.

Esta circunstancia opera a modo de *conditio iuris*, en la medida en que se puede considerar como un presupuesto fáctico o jurídico, determinado legalmente, y que es indispensable para que aquel negocio jurídico tenga actualidad, o sea eficaz jurídicamente respecto de la vinculación de las partes, como ya se significó. Pero una vez producida la aprobación de la Junta General, cuando sea necesaria, su eficacia vinculatoria para las partes

es innegable, por más que todavía no se despliegan los efectos característicos de la fusión, pues para ello se necesitará algo más, la documentación del acuerdo, en su caso en un instrumento específico, y la inscripción registral o archivo oficial del mismo, en cuyo caso ya se hablaría de contrato de fusión transfronteriza de sociedades anónimas que despliega todos sus peculiares y trascendentales efectos.

Precisamente respecto de esos contratos es pertinente la aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, que ha pasado de ser de aplicación excepcional a la normalidad en su aplicabilidad²⁴⁹¹.

Lo anterior no excluye que la doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, también pueda ser aplicable a cualesquiera otros contratos que las sociedades anónimas intervinientes en el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, antes de su extinción, la sociedad absorbente o la de nueva creación puedan concluir en el curso de sus negocios, pero que no son objeto de atención por referirnos únicamente al proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

11.15.1 Diferenciación de la cláusula “*rebus sic stantibus*” del “abandono” de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, y de otras instituciones y figuras jurídicas próximas.

La cláusula “*rebus sic stantibus*” se diferencia respecto de otras figuras próximas, debiendo efectuarse una referencia concreta al “abandono” de la fusión, a la imposibilidad sobrevenida de la prestación y a los de los supuestos de resolución de la relación obligatoria, en sentido estricto.

En relación con el “abandono” de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, por el que se entiende la separación del proceso de fusión de alguna(s) de las sociedades participantes en el proceso de fusión por decisión de los administradores, cuando se lleva a cabo después de que éstos hayan aprobado el proyecto común de fusión, incluso si los accionistas han aprobado la fusión, pero antes de que ésta produzca sus efectos con el depósito o registro de la misma, y que es una figura jurídica no prevista en la Directiva 2006/56, pero sí en la MBCA, en la cual no constituía una institución excepcional.

Según la sección 11.08 MBCA, “*salvo que se recogiere de otra forma en el Proyecto de Fusión (...) o en las leyes aplicables a una corporación mercantil extranjera, después de que el plan haya sido adoptada y aprobada, conforme a lo dispuesto por el presente capítulo, y en cualquier momento antes de que la fusión (...) deviniera efectiva, ésta puede ser abandonada por una corporación nacional que sea parte de la misma sin ninguna de sus accionistas, de conformidad con los procedimientos recogidos en el Proyecto de Fusión (...), si no existieran procedimientos a tales efectos en el proyecto, conforme a la manera que determine el consejo de administración, con sujeción a cualesquiera otros derechos contractuales de las otras partes intervinientes en la fusión (...); y que “(b) si una fusión es abandonada conforme a la subsección (a) anterior, después de que el documento de fusión hay sido depositado ante el secretario de estado pero antes de*

que la fusión (...) devenga efectiva, una declaración de que la fusión 8...) ha sido abandonada de conformidad con esta sección, suscrita en representación de una parte de la fusión por un ejecutivo u otro representante debidamente autorizado, será entregado al secretario de estado para su depósito con anterioridad a la fecha de efectos de la fusión (...). Con la presentación, la declaración tendrá efectos y la fusión (...) se entenderá abandonada y no devendrá efectiva”²⁴⁹²

El “abandono” de la fusión decíamos que autoriza una ruptura contractual, bien que no elimine las consecuencias de todo orden contractuales a favor de las demás sociedades intervinientes en la fusión, incluyendo las reparaciones por daños contractuales y extracontractuales que pudieran haberse producido. También indicábamos que una alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta o fueron determinantes para participar en el proyecto de fusión, justificaba el “abandono” de ahí la utilidad de sistemas legales que posibiliten una salida ordenada del procedimiento de fusión, bien mediante el pacto de cláusulas específicas de “descuelgue” o “redefinición subjetiva de la fusión” en el propio proyecto de fusión, bien mediante su posibilitación de actuación mediando determinadas circunstancias, o incluso discrecionalmente, y que en este punto se asemejaba a la cláusula “rebus sic stantibus”, pero no por ello puede pretenderse su identificación con ella.

Son muchas e importantes las diferencias entre ambas instituciones, baste con una remisión al apartado 11.5 de la presente tesis. Posiblemente las más relevantes sean, por una parte que el “abandono” está sujeta a determinadas limitaciones, de tal manera que no se podrá llevar a efecto si el propio plan la prohíbe o ha de llevarse a efecto con los requisitos y condiciones que en el mismo se establezcan, tampoco podrá llevarse a efecto si lo prohíbe la ley aplicable a la sociedad participante en el proceso de fusión que pretende “abandonarla”. La cláusula “rebus sic stantibus”, es una institución de derecho necesario, que no admite ni ampliaciones ni restricciones por parte de los particulares que sean parte en el contrato, y demás exige la concurrencia de precisas y determinadas circunstancias para su aplicación.

En relación con la imposibilidad sobrevenida de la prestación²⁴⁹³, ha de partirse de que constituye una generalización, que “procede por una extensión del concepto de “pérdida de la cosa debida”²⁴⁹⁴. Imposibilidad sobrevenida que, en nuestro sistema, se deriva de los artículos 1182²⁴⁹⁵ y 1184²⁴⁹⁶ y 1105²⁴⁹⁷ CC, actuando “como causa de extinción de la obligación que el Código civil denomina caso fortuito o fuerza mayor”²⁴⁹⁸, conllevando la liberación del deudor²⁴⁹⁹. Sin embargo la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” no se “realiza en atención a la perspectiva de la posible liberación del deudor, desde el estricto plano de la posibilidad o no de realización de la prestación tras el acontecimiento sobrevenido, cuestión que por su alcance no requiere la naturaleza fortuita del mismo y la rigidez de su imprevisibilidad sino que le basta con que dicho acontecimiento o cambio de las circunstancias, más allá de la posibilidad de realización de la prestación, comporte una alteración de la razón o causa económica que informó el equilibrio prestacional del contrato, que determina una injustificada mayor onerosidad para una de las partes”²⁵⁰⁰.

Así en la doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus*” resulta que “la imprevisibilidad de esta alteración no queda informada por el carácter fortuito de la misma, sino por un juicio de tipicidad contractual derivado de la base del negocio y especialmente del marco establecido respecto a la distribución del riesgo natural del contrato, con lo que la imprevisibilidad, fuera de su tipicidad en el caso fortuito, queda reconducida al contraste o resultado de ese juicio de tipicidad, esto es, que dicho acontecimiento o cambio no resultara “previsible” en la configuración del aleas pactado o derivado del contrato. De ahí, que la nota de imprevisibilidad no deba apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de la producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio, considerada en sí misma, sino en el contexto económico y negocial en el que incide”²⁵⁰¹.

En cuanto a la diferenciación de la doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus*” de la resolución de la obligación²⁵⁰², se precisa que “*la principal dificultad a la hora de la diferenciación se manifiesta principalmente en la categoría del incumplimiento esencial. En efecto, en el campo jurisprudencial este tipo de incumplimiento ha venido siendo definido como “la falta de obtención de la finalidad perseguida”, “la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones” e inclusive “como la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico perseguido” (...), referencias que, en mayor o menor medida, también han sido empleadas por la doctrina jurisprudencial en el análisis y definición de la cláusula rebus*”²⁵⁰³.

Esto es, la diferenciación debe precisarse en los distintos fundamentos causales de ambas figuras y en sus diferentes funciones en la dinámica contractual. En esta línea puede afirmarse que las referencias citadas en la categoría del incumplimiento esencial operan en el plano de la resolución como el resultado de un juicio de tipicidad o de valoración entre lo que podemos denominar como causa de contrato (*causa contractus*, *causa negotii*), esto es, desde la función económica social del contrato el resultado práctico que quieren conseguir o alcanzar las partes (causa concreta del negocio) y la relevancia que para dicho fin presenta la inejecución o el irregular desenvolvimiento del programa de prestación; se valora tanto el plano de ajuste de los deberes prestacionales realizados con los programados, como el plano satisfactivo del acreedor que informó la celebración del contrato²⁵⁰⁴.

En definitiva, resulta que en el plano de aplicación de la cláusula *rebus*, las referencias definidoras del incumplimiento esencial, la frustración del fin del contrato, quiebra de la finalidad económica, o de sus expectativas o aspiraciones, etc., no operan como el resultado del juicio de tipicidad o de valoración, exactamente. De tal manera que “el contraste se realiza, no desde la causa del negocio propiamente dicha, sino desde la base del negocio y del riesgo normal derivado del contrato, como expresión de la conmutatividad o razón económica del equilibrio contractual del mismo, y la relevancia que para el mantenimiento de dicho equilibrio o razón económica presenta la mutación o alteración de las circunstancias inicialmente previstas. De esta forma, no se valora el plano de la satisfacción del acreedor desde el propósito negocial perseguido, conforme al desenvolvimiento de la relación contractual, sino que en un plano diferente al incumplimiento de la obligación y, por tanto, al desenvolvimiento del programa de prestación, se valora la ruptura del equilibrio contractual por la onerosidad sobrevenida de

la relación negocial celebrada. Así, mientras que la resolución atiende a la quiebra o frustración de la finalidad práctica o resultado buscado por las partes, sin perjuicio de que dicha frustración comporte, como es lógico, una valoración económica, la prestación en esas condiciones ya no le es útil o idónea al acreedor, incluso económicamente analizada, la aplicación de la rebus atiende a la quiebra o frustración de la conmutatividad y onerosidad contractual sobre la que se diseñó el resultado práctico querido por las partes²⁵⁰⁵.

11.15.2 La doctrina de cláusula “rebus sic stantibus”. Su impronta transfronteriza.

Según la cultura jurídica occidental “*el contrato produce obligaciones que deben cumplirse con arreglo a lo convenido*”²⁵⁰⁶, que “*se complementan con las que impone la buena fe (artículo 1258 Cc.). En homenaje a ella, por de pronto, el contrato debe ser cumplido; también si después de celebrado, se produce una alteración de las circunstancias, tal que resulta más difícil u onerosa al ejecución de lo pactado para alguno de los contratantes*”²⁵⁰⁷.

Sin embargo, “si bien soportar unos riesgos y daños contra los cuales no se han tomado las posibles precauciones parece conforme a la justicia, con todo cuando el cambio en los presupuestos es tal que se destruye el equilibrio de intereses que el contrato debía realizar y priva de sentido y finalidad a la operación, lo justo es resolver ésta, o modificarla en forma que se restauren la relación de intercambio o la comunicación de valores pensadas por las partes”²⁵⁰⁸.

Semejante problemática se ha agudizado con la globalización económica y financiera. Esa “economía global” afecta a la práctica totalidad de los bienes y servicios que produce el sistema de economía de mercado o capitalista, de vigencia universal, y basado fundamentalmente en el consumo en masa”. En semejante coyuntura económica cambiante y escasamente estable, a nivel empresarial o microeconómico, ha devenido fundamental la cuestión de determinar la influencia que ejerce en la vida de un contrato o de una relación obligatoria una modificación sobrevenida de las circunstancias que las partes habían tenido en cuenta, expresa o implícitamente, como necesarias para alcanzar el fin por ellas perseguido, o aunque tal conjunto de circunstancias no hubieran sido especialmente tenido en cuenta por las partes como necesario, pero poseía objetivamente tal carácter²⁵⁰⁹.

Esa problemática ha resuelto mediante la reformulación de la denominada “cláusula *rebus sic stantibus*”, cuyo ámbito natural de aplicación ha venido siendo los contratos civiles y mercantiles²⁵¹⁰ en los Derechos privados internos o nacionales²⁵¹¹. En esos limitados ámbitos nacionales aquella “cláusula *rebus sic stantibus*” ha tenido escasa aplicación dados sus naturalmente exigentes requisitos para aplicarla. Una novedosa jurisprudencia, en nuestro Derecho consolidada definitivamente en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2014, ha venido a cambiar esa situación conforme a las “exigencias de la modernidad”, suponiendo la consolidación definitiva de un nuevo concepto de la cláusula “*rebus sic*

*stantibus*²⁵¹², en cuyo desarrollo ha sido sobresaliente la doctrina contenida en las sentencias, también de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, de fechas 17 y 18 de enero de 2013. Efectivamente, en estas últimas sentencias, ya “se reconoce que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias”.

Con la nueva doctrina se produce una “plena normalización” y una “nueva configuración” de la cláusula *rebus sic stantibus*, “en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada, en donde su prudente aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato”²⁵¹³, respondiendo “a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos. Efectivamente, los Principios UNIDROIT²⁵¹⁴, Principios Europeos de la Contratación²⁵¹⁵ o el propio Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código Civil²⁵¹⁶ recogen ya esa nueva conceptualización y doctrina sobre las “cláusula *rebus sic stantibus*”. A esos instrumentos jurídicos ha de añadirse, el texto, básicamente académico, Principios, Definiciones y Reglas Modelo de Derecho Privado Europeo (DCFR)²⁵¹⁷. Semejante reconfiguración de la cláusula “*rebus sic stantibus*” está en línea de lo establecido en las legislaciones europeas actuales, y recogida en los artículos 437 y 438 del Código Civil portugués²⁵¹⁸, 1467 y 1469 del Código Civil Italiano²⁵¹⁹, y 313 del Código civil alemán (BGB)²⁵²⁰. Punto en el que no puede obviarse una referencia al artículo 416-2²⁵²¹ de la Propuesta de Código Mercantil ya citada²⁵²², que mantiene una sustancial coincidencia con aquellas regulaciones nacionales e internacionales.

Para una adecuada consideración sobre la aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, ha de partirse de que en la cultura jurídica occidental, ya universal por expansión del sistema de economía de mercado, rige la libertad y la obligatoriedad de lo convenido contractualmente, que ya inspiró las Decretales “*pacta, quantum cumque nuda, servanda sunt*” y hoy consagra, en nuestro sistema el artículo 1278 del Código Civil, en los siguientes términos: “*Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*”. Cuerpo legal que, siguiendo el principio espiritualista con el que el Ordenamiento de Alcalá reaccionó ante el formalismo de las Partidas (“mandamos que todavía valga la dicha obligación y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar”)²⁵²³. Esa *lex contractus*, con la obligatoriedad de su cumplimiento expresada en la regla “*pacta sunt servanda*”, derivan de las promesas *bona fide*²⁵²⁴. La regla tradicional, expresada en el brocardico “*pacta sunt servanda*” (“*agreements must be kept*”), y según la cual los pactos deben ser siempre cumplidos y cumplidos en sus

propios términos, lo que ha sido recogida de antiguo por nuestra jurisprudencia²⁵²⁵ y está en permanente tensión dialéctica con la cláusula “*rebus sic stantibus*”²⁵²⁶.

Es de precisarse que según la cultura jurídica occidental, y por ende universal, es incontrovertible el principio, del cumplimiento contractual o “*binding force*”, que es recogido en el artículo 1091 del Código Civil en los siguientes términos: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*”. No se indica “*que el contrato -se refiere al obligacional- sea ley, sino que las obligaciones nacidas de él vinculan a su cumplimiento como la ley misma: el contrato no tiene la generalidad de la ley, pero inter partes tiene la misma autoridad: las partes deben someterse a la ley del contrato igual que a la regla legal, y el juez de igual modo debe imponer su respeto*”²⁵²⁷. Lo que se establece también en el artículo 1372 del Código Civil italiano²⁵²⁸ y en el artículo 1134 del Código Civil francés²⁵²⁹. La idea de que los efectos de un contrato son equiparables a los de la ley aparece explícita solo en determinados ordenamientos, pero subyace en la mayoría de ellos, y en los textos internacionales, que en ocasiones expresamente aluden al principio “*pacta sunt servanda*”²⁵³⁰. Efectivamente, los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR) establecen en su artículo 0-201, “*Principle of binding force*”, apartado (1) que “*un contrato legalmente concluido tiene “binding force” entre la partes*” y, como corolario del mismo su artículo 0-103, “*Freedom of the parties to modify or terminate the contract*”, dispone que “*por mutuo acuerdo las partes son libres, para, en cualquier momento, extinguir el contrato o modificarlo*”. Esto es, quienes concluyen un contrato se hayan vinculados por su contenido, sin perjuicio del momento en que haya de ejecutarse, y pueden disponer del mismo”²⁵³¹. Su regulación “*tiene carácter determinante para las partes. Estas instituyen para sí una norma de conducta futura mediante un contrato obligacional*”²⁵³².

Ha de repararse en que el axioma “*pacta sunt servanda*”, derivado de la *lex contractus*²⁵³³, no se pone en cuestión porque hallan admitido modernamente determinadas excepciones a la rígida exigencia del cumplimiento de lo pactado²⁵³⁴. Aquel principio sigue teniendo carácter sustantivo y fundamental no pudiéndose confundir con las posibles interpretaciones atribuibles a las cláusulas contractuales²⁵³⁵. En el contrato se fijan una serie de estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad²⁵³⁶, y todas ellas deben cumplirse conforme al principio *pacta sunt servanda*²⁵³⁷, a la *lex contractus*, y a la *necessitas* de la obligación. Es regla básica de la contratación el principio “*pacta sunt servanda*”, siendo la *lex contractus* “su núcleo original”, y consiguientemente correlativos los principios *lex contractus*, *necessitas*, y *pacta sunt servanda*. Esto es, los pactos deben cumplirse de acuerdo con la potencialidad normativa creadora de las partes contratantes y el efecto vinculante de la “*lex privata*” que ellos mismos crearon.

La libertad contractual es el punto de partida. Las personas jurídicas y no solamente las personas físicas, son libres para decidir si contratan y con quién concluyen un contrato. En las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, las sociedades anónimas participantes en el mismo son libres para acordar los términos del contrato de fusión. Esta afirmación idea básica está implícita en el artículo II. – 1:102(1), de los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR). De tal manera que, en una situación normal, afirman aquellos Principios, no existe incompatibilidad entre la libertad

contractual, la justicia y la eficacia, “*qui dit contractuel, dit justé*”. Puede afirmarse que la fuerza obligatoria del contrato, bien que sujeta a la posibilidad de modificación o extinción cuando devenga inejecutable debido a un cambio de las circunstancias que haga especialmente gravosa y perjudicial su utilidad para una de las partes, así como que cada una de las partes deba cumplir lealmente sus obligaciones, que el derecho a la ejecución del contrato en sus propios términos, el hecho de que los terceros deban respetar a la situación creada por el contrato, y que la posición favorable a la vigencia, permanencia y eficacia del contrato, “*favouring the contract*” o “*faveur pour le contrat*”, son elementos característicos de la cultura jurídica occidental. En esa línea la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos (2009) establece que “*las obligaciones nacen de los contratos*”, que “*las partes podrán obligarse mediante el contrato del modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”, que “*los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso*²⁵³⁸ *y a la ley*”, y que “*el contrato queda perfeccionado en el momento en que se hace efectiva la aceptación de la oferta*”²⁵³⁹.

El deber de respecto y observancia del contrato está recogido en el artículo 1.3 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales²⁵⁴⁰, titulado, “*Carácter vinculante de los contratos*”, según el cual “*todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios*”. Regla que también se manifiesta en los artículos 2:101, 2:102 y 6:101 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos²⁵⁴¹. Ha de repararse en que la inalterabilidad del contenido de los acuerdos y pactos contractuales se consideró inicialmente como uno de los tres principios fundamentales que representaban la superación del concepto primitivo de contrato²⁵⁴². Su basamento se encontró en que “*aunque en algunos casos la celebración del contrato y su cumplimiento son simultáneos, lo más normal es que el contrato deje establecidas obligaciones que se tendrán que cumplir en el futuro. Las partes habrán sido libres para decidirse a contratar o para desistir de hacerlo; pero en el primer caso, lo convenido subsistirá con fuerza obligatoria con independencia de que subsista la voluntad inicial de obligarse. En este sentido el contrato es ley entre las partes porque se ha convertido en una norma jurídica que regirá la conducta posterior de los contratantes*”²⁵⁴³. De esa eficacia normativa del contrato se deriva “*un deber de respeto o un deber de observancia del contrato. Las partes tienen que cumplir todo aquello que el contrato les impone*”²⁵⁴⁴.

Esto es, no le está consentido a una de las partes alterar a su arbitrio lo convenido, privando de efectos al negocio establecido, con fragante violación del principio *pacta sunt servanda*²⁵⁴⁵, sin una previsión contractual expresa que lo autorice²⁵⁴⁶. Cualquier actuación, contraria a lo pactado, en cuanto destinada a privar de efectos a lo acordado en el contrato establecido entre las partes, sería un comportamiento de mala fe, contrario a los deberes de lealtad y de fidelidad, de coherencia y de protección de la confianza ajena²⁵⁴⁷. El deber de

dar cumplimiento a lo convenido según el tenor de lo pactado, es manifestación del principio “*pacta sunt servanda*”²⁵⁴⁸, el cual ha de ponerse en relación con el principio de autonomía de la voluntad²⁵⁴⁹, y por ende ha de actuar dentro de los límites que se imponen a esa misma autonomía de la voluntad, mediando la regla de integración de los pactos²⁵⁵⁰ por la buena fe, los usos y la ley²⁵⁵¹, y que no se conculca el principio del “*pacta sunt servanda*” cuando se aprecia la nulidad contractual cualquiera que sea la causa²⁵⁵².

Las concepciones dogmáticas clásicas de la cultura jurídica europea han venido generalmente afirmando que el negocio jurídico ha de ser norma concreta establecida por las partes²⁵⁵³. Sin embargo “el Derecho común europeo ya estimó que la fidelidad a lo pactado no podía concebirse de modo ilimitado”²⁵⁵⁴, siguiendo precisos antecedentes romanos²⁵⁵⁵, considerándose que en las declaraciones de voluntad mediante las que se concluían o perfeccionaban los contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento futuro se contenía implícita una cláusula que limitaba de su fuerza obligatoria o normativa privada, *pacta sunt servanda*, al mantenimiento de la situación fáctica contemplada en el momento de su conclusión, con el mantenimiento del “*statu quo*”, solamente “mientras las cosas se mantuviese así”.

De antiguo venía afirmándose que lo prometido solo podía considerarse compromiso firme en tanto no experimentasen una grave transformación las circunstancias bajo las cuales se había pactado. Esto es, que “*toda declaración de voluntad debía entenderse hecha bajo la condición implícita “rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergéntibus”*”²⁵⁵⁶ o “*cláusula rebus sic stantibus omnis conventio intellegitur*”. Posición que fue recogida en las regulaciones contenidas en los textos legales germánicos, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR), bávaro, y prusiano, así como en el Código Civil austríaco²⁵⁵⁷. Pero la posterior condena de la cláusula “*rebus sic stantibus*” según tesis de raigambre iusnaturalistas, determinó su práctico abandono hasta la crisis económica generalizada subsiguiente a la primera guerra mundial, momento en que vuelve a ser invocada, con diferentes denominaciones, en base a criterios de equidad. Fue Kaufman quien remozó y actualizó la concepción doctrinal racionalista subyacente en aquellos textos legales, construyendo una doctrina coherente de la cláusula “*rebus sic stantibus*”. Concepción que fue sometida severa crítica, sustituyéndose o reformulándose mediante la “doctrina de la imprevisión”, la “teoría de la excesiva onerosidad de la prestación” y la “doctrina de la base del negocio”²⁵⁵⁸.

Ciertamente cuando el cumplimiento o fidelidad al contenido del contrato se afirma “incondicionado” y se contrapone a la cláusula “*rebus sic stantibus*”, realmente se está conformando un falso dilema²⁵⁵⁹. Nuestra legislación civil y mercantil no alude a la cláusula “*rebus sic stantibus*”, como tampoco lo hacía el Código napoleónico, pero de todo ello solo puede colegirse que aquella legislación “*no admite ni rechaza que el negocio haya de resolverse o cambiar al sobrevenir circunstancias por las cuales resulte frustrado o alterado esencialmente el resultado propuesto con el negocio*”²⁵⁶⁰. La cuestión ha de centrarse en la idea “buena fe” como informadora del contrato, de tal manera que la resolución o modificación del contrato “*debe relacionarse con la voluntad implícita de las partes apreciada en cada contrato. Cuando la alteración de las*

*circunstancias excede absolutamente a la presumible previsión de aquellas, mantener el cumplimiento de la obligación en su términos literales formulados en un lenguaje económico y social que tenía inicialmente otro significado, se revela como injusto y carente de contenido*²⁵⁶¹. De acuerdo con ese criterio y con las resoluciones jurisprudenciales que se van sucediendo, cuya importancia en torno a la reaparición de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, suavizadora y, a veces, superadora de la estricta regla “*pacta sunt servanda*”²⁵⁶², ha sido “absoluta y decisiva”²⁵⁶³, generalmente se acaba admitiendo la pertinencia de aquella cláusula, bien que sometiéndola a estrictos presupuestos o requisitos su aplicabilidad.

Consideró la doctrina que los presupuestos o requisitos de aplicabilidad de la cláusula “*rebus sic stantibus*” eran cuatro. Los dos primeros se referían al tipo de relación obligatoria que podía ser afectada por dicha cláusula y se enunciaron en los siguientes términos: “1º. *La relación obligatoria contemplada ha de ser de tracto sucesivo (...). La regla se aplica también en materia de relaciones obligatorias de ejecución instantánea, cuando su cumplimiento ha sido diferido para un momento futuro; 2º. La relación obligatoria de que se trate, ha de encontrarse pendiente de ejecución en todo o en parte. Por regla general debe entenderse que la desaparición de la base del negocio afecta o incide sobre las prestaciones pendientes de ejecución, pero no sobre las prestaciones ya ejecutadas*”²⁵⁶⁴.

Los otros dos requisitos o presupuestos de aplicabilidad se referían a los elementos propios o intrínsecos configuradores de la cláusula misma y se definieron de la siguiente manera: “3º. *Debe producirse una desaparición sobrevenida de la base del negocio que se entiende producida cuando concurren las circunstancias siguientes: a) La relación de equivalencia o la proporción entre las prestaciones se destruye totalmente o se aniquila, de suerte que ya no pueda hablarse ya de prestación y contraprestación; b) La finalidad común del negocio, expresada en él, o la finalidad sustancial del negocio para una de las partes, admitida y no rechazada por la otra resulta inalcanzable; 4º. La desaparición de la base del negocio ha de producirse como consecuencia de una alteración de las circunstancias que deba considerarse extraordinaria, en relación con las existentes en el momento de la celebración el contrato y que además, resultara en aquel momento radicalmente imprevista e imprevisible*”²⁵⁶⁵.

En todo caso, ha de tenerse presente que la cláusula “*rebus sic stantibus*” es una construcción jurisprudencial que asume la idea de que en curso de la ejecución o cumplimiento de un contrato, su “*pacta sunt servanda*” o “*binding force*”, puede poner en duda la utilidad del contrato para una de las partes si se produce un imprevisible cambio de sus acuerdos, compromisos o cláusulas más importantes, expuesta por la doctrina científica preexistente en torno a la misma²⁵⁶⁶, que ha tenido una general aceptación²⁵⁶⁷ y desarrollo, en una lenta, pero continua, evolución desde posiciones marcadamente subjetivistas²⁵⁶⁸ hasta su actual normalización u objetivación. Se inició aquel camino jurisprudencial de la objetivación mediante la vinculación de la cláusula “*rebus sic stantibus*” con el principio de buena fe, lo que venía siendo refrendado por una sólida doctrina²⁵⁶⁹. Desarrollos jurisprudenciales posteriores²⁵⁷⁰, en rápida evolución al socaire de la última crisis económica global cuyos efectos sigue padeciendo el sistema económico mundial²⁵⁷¹, han venido afirmando el carácter supuestamente implícito de la “*cláusula rebus sic stantibus omnis conventio*

intellegitur”, como uno de los medios de corrección de la frustración económica del contrato, en determinadas situaciones particulares”, pero no en términos absolutos, al moderar su aplicabilidad y alcance, al entender que la mera alegación de una “crisis económica o imposibilidad de financiación” absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse un negocio jurídico determinado, no debía suponer, por sí sola, ni permitir a una de las partes desistir del contrato, pues en tal caso entendía que se produciría un manifiesto desequilibrio en contra de la otra parte, propiciándose de esta manera incumplimientos meramente oportunistas, desvirtuándose el verdadero sentido de la solución jurídica propiciada por la cláusula “*rebus sic stantibus*” hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento²⁵⁷².

11.15.3 La reformulación actual de la doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, y su pertinente aplicación a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

La más reciente jurisprudencia, contenida en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2014, ha supuesto un significativo y transcendental cambio de doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, por eso ella misma es suficiente para conformar jurisprudencia²⁵⁷³. Su pertinencia para la sentencia de referencia, por sí sola, establece una nueva doctrina jurisprudencial²⁵⁷⁴, que supone un punto de encuentro entre los sistemas anglosajones y los continentales, sintéticamente expuesto en que el juez pasa de “hacedor la ley” (Judge make law) a “descubridor de la ley” (Judge found law). En esa función de dar vida a nuevas figuras jurídicas ex novo, que incluye tanto a creación jurisprudencial de la cláusula “*rebus sic stantibus*” como su posterior evolución y desarrollo, la jurisprudencia ha encontrado suficiente basamento en el amplio cauce” del principio general de buena fe²⁵⁷⁵ que debe presidir el cumplimiento de las relaciones contractuales²⁵⁷⁶. La evolución de la doctrina jurisprudencial de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, se justifica en tres parámetros, que la hacen especialmente relevante y aplicable a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Esos parámetros son los siguientes: a) la progresiva objetivación de su fundamento técnico; b) su concreción funcional y aplicativa, c) el cambio de circunstancias, concretado en la existencia de una crisis económica y el sobrevenir una excesiva onerosidad.

El primero de aquellos parámetros, atinente a la progresiva objetivación de su fundamento técnico, se pone de manifiesto por aquella jurisprudencia, cuando alude al necesario cambio o adaptación de los criterios que tradicionalmente habían venido configurado o caracterizado la aplicación de esta cláusula, porque “todo parece indicar que debe abandonarse su antigua fundamentación según reglas “de equidad y justicia” en pro de una progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación. En este sentido, la fundamentación objetiva de la figura, alejada de los anteriores criterios subjetivistas, resulta ya claramente compatible con el sistema codificado. Así, en primer lugar, conviene señalar que la aplicación de la cláusula, en rigor, no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (*pacta sunt servanda*), ni tampoco de la

estabilidad o mantenimiento de los contratos. Por contra, su aplicación, cifrada en una sobrevenida mutación de las circunstancias que dieron sentido al negocio celebrado, se fundamenta en criterios o reglas que también pueden definirse como claves de nuestro sistema codificado, ya que desde su moderna configuración la figura obtiene su fundamento último de las propias directrices del orden público económico, particularmente de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe”.

Efectivamente, según esa jurisprudencia, *“todo cambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio. Este “equilibrio básico”, que no cabe confundir con la determinación del precio de las cosas fuera de la dinámica del mercado (precios intervenidos o declarados judicialmente), resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales, cuando deviene profundamente alterado con la consiguiente desaparición de la base del negocio que le dio sentido y oportunidad. Por tanto, más allá de su mera aplicación como criterio interpretativo, artículo 1289 del Código Civil, la conmutatividad se erige como una regla de la economía contractual que justifica, ab initio, la posibilidad de desarrollo de figuras como la cláusula rebus sic stantibus”*.

Además, según la misma jurisprudencia, el principio de buena fe en la economía de los contratos, sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato (artículo 1258 del Código Civil), y sin caer en su aplicación como mera cláusula general o cláusula en blanco de cara a la más amplia discrecionalidad o arbitrio judicial, permite una clara ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos. En este sentido, si en virtud de la buena fe el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probidad exige, todo ello de acuerdo a la naturaleza y finalidad del contrato; también resulta lógico, conforme al mismo principio, que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado. Esta relación entre el principio de buena fe y la cláusula *“rebus sic stantibus”* ya ha sido reconocida

Añadiendo esa misma jurisprudencia que la *“razón de compatibilidad y normalidad en la aplicación de esta figura no puede desconocerse a tenor del desenvolvimiento jurídico experimentado en el contexto del Derecho europeo. En efecto, del mismo modo que la conservación de los contratos constituye un principio informador del derecho contractual europeo, (...), la cláusula rebus sic stantibus o si se prefiere, la relevancia del cambio o mutación de las condiciones básicas del contrato, ha sido objeto de regulación por (los) textos (europeos) de armonización sin ningún tipo de regulación excepcional o singular al respecto, como un aspecto más en la doctrina del cumplimiento contractual. En este sentido, no puede desconocerse un cierto valor añadido a (determinada jurisprudencia) pues fuera de la oportunidad del momento, la referencia a la cláusula se realiza de un modo normalizado, conforme a los textos de armonización citados, y se admite su posible aplicación a casos que traigan causa de la “crisis económica”, supuesto claramente más*

amplio y complejo que los derivados de la devaluación monetaria que sirvió de base a un cierto renacimiento de la cláusula rebus sic stantibus”.

Respecto del segundo de los parámetros antes indicados, relativo a la concreción funcional y aplicativa de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, que va inexorablemente unido a su normalización y objetivación, indica la nueva doctrina jurisprudencial que “con carácter general, establecido el nexo entre el plano causal del contrato y la tipicidad contractual de la cláusula, la valoración de la incidencia que determina la mutación o el cambio de circunstancias, es decir, la posible alteración causal del contrato, se realiza de un modo objetivado mediante el recurso concorde de dos criterios de concreción de dicha tipicidad”. Porque “estos criterios de tipicidad nos responden, en una primera instancia o contraste, a las preguntas básicas que plantea la posible atención jurídica a todo cambio de circunstancias o de condiciones, si dicho cambio tiene entidad suficiente, esto es, altera el estado de las cosas de un modo relevante, y si dichas alteración debe tener consecuencias para las partes implicadas”.

El primero de aquellos criterios de tipicidad se determina a través de la doctrina de la base del negocio. Así, se contrasta principalmente el alcance de dicha mutación o cambio respecto del sentido o finalidad del contrato y de la conmutatividad o equilibrio prestacional del mismo. De esta forma, el contraste de la denominada base objetiva del negocio nos permite concluir que la mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando: (i) la finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable; (ii) la conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación”; (iii) el contraste de la denominada base subjetiva del negocio nos permite llegar a idéntica conclusión en aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado. La aplicación de la teoría de la base del negocio como cauce interpretativo a estos efectos ha sido resaltada por la jurisprudencia.

El segundo criterio de tipicidad “*concorde a esta función delimitadora de la tipicidad contractual en la aplicación de esta figura viene representado por el aleas o marco de riesgo establecido o derivado del negocio, el denominado “riesgo normal del contrato”. En este sentido, el contraste se realiza entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, de forma que para la aplicación de la figura el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del “riesgo normal” inherente o derivado del contrato*”. Efectivamente, puede añadirse, los operadores económicos deben soportar los riesgos económicos inherentes a sus actividades habida cuenta de las circunstancias propias de cada asunto.

El tercero de los parámetros antes indicados, relativo al cambio de circunstancias, concretado en la existencia de una crisis económica y el sobrevenir una excesiva onerosidad, determina una configuración de la cláusula “*rebus sic stantibus*” normalizada en cuanto a su interpretación y aplicación se refiere, y alejada de las trabas de la concepción tradicional, que la calificaba de “excepcional y extraordinaria” cuando no de “peligrosa”, haya de discurrir conforme a los textos de armonización y proyectos europeos en materia de contratación (Principios UNIDROIT, Principios Europeos de la Contratación o el propio Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código Civil) ya como tendencia, o bien como canon interpretativo, en pro de una normal aplicación de la figura sin más obstáculos que los impuestos por su debida diferenciación y el marco establecido de sus presupuestos y requisitos de aplicación que, de por sí, ya garantizan su prudencial aplicación”. Al cambio de circunstancias en relación con la mayor onerosidad sobrevenida se refieren aquellos Principios UNIDROIT²⁵⁷⁷.

De aquellos Principios UNIDROIT se puede inferir: (i) que los acontecimientos deben haber sucedido o haber sido conocidos por la parte en desventaja después de la conclusión del contrato. En otro caso debería haberlos tenido en cuenta en ese momento y no podría consecuentemente alegar una mayor onerosidad; (ii) que los acontecimientos no deben haber sido tenidos en cuenta, razonablemente, por la parte en desventaja. Incluso aun cuando el cambio de las circunstancias hubiera tenido lugar después de concluido el contrato dichas circunstancias no pueden ser consideradas causantes de la mayor onerosidad si hubieran podido, razonablemente, haber sido tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de la conclusión del contrato. En ocasiones el cambio de circunstancias es gradual, pero la final resulta que ese cambio gradual puede constituir un supuesto de agravamiento y mayor onerosidad. Si el cambio se produce antes de haberse concluido el contrato, no se puede aludir a un incremento o mayor onerosidad salvo que ritmo del cambio se incrementase dramáticamente durante la vida del contrato; (iii) que los acontecimientos causantes de la mayor onerosidad y su devenir, deben estar fuera del control de la parte desfavorecida; (iv) que los cambios de las circunstancias no deben haber sido asumidos por la parte en desventaja. Por ello quien es parte en un contrato especulativo debe haber considerado y aceptado un cierto nivel o rango de riesgos, incluso aun cuando no hubiera sido completamente informado de los mismos en el momento de la conclusión del contrato; (v) que la mayor onerosidad sobrevenida normalmente será relevante en los contratos de tracto sucesivo a largo plazo, aun cuando no se pueda excluir su invocación en relación con los demás contratos, y solamente en relación con los contratos no ejecutados, pudiendo no obstante ser invocada cuando la alteración fundamental del equilibrio contractual por cambio de las circunstancias ha ocurrido estando pendiente de cumplimiento parcialmente el contrato, en cuyo caso será relevante únicamente en relación con las obligaciones todavía no satisfechas o cumplidas; y (vi) que la parte perjudicada debe solicitar, sin dilación, a la otra parte la renegociación del contrato para adaptarlo al cambio de circunstancias. Ese requerimiento no justifica la retención del cumplimiento de la parte perjudicada, debiéndose renegociarse de buena fe. Ese requerimiento no es admisible si el contrato contiene y cláusula previniendo la automática

adaptación del contrato, bien que incluso la renegociación no estará excluida si aquella cláusula no contempla los eventos o circunstancias que dieron lugar a la mayor onerosidad. Si las partes no llegan a un acuerdo o el requerimiento es ignorado por la contraparte, la parte perjudicada puede demandar la intervención judicial, para que el juez o tribunal lleve a cabo la adaptación del contrato, lo extinga²⁵⁷⁸ o confirme los términos del mismo tal y como estén establecidos²⁵⁷⁹.

11.15.4. La cuestión de la “excesiva onerosidad” en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

La excesiva onerosidad generada ha de provenir precisamente de que el cambio de circunstancias o la “crisis económica” incida de manera relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. Lo cual no se confunde ni con la “excesiva desproporción”²⁵⁸⁰ ni con el “beneficio excesivo o ventaja injusta”²⁵⁸¹.

Semejante circunstancia se produce cuando la excesiva onerosidad operada por aquel cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato o viabilidad del mismo, como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones o conmutatividad del contrato. En este caso, puede producirse que la excesiva onerosidad refleje un substancial incremento del coste de la prestación o que la excesiva onerosidad represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida.

Es posible la invocación de la excesiva onerosidad únicamente si la alteración del equilibrio contractual es fundamental, objetivamente mensurable, y no un mero cambio de la opinión de la parte afectada acerca de que el valor de la contraprestación no es relevante o apropiado. Cuando esto suceda en una fusión transfronteriza de sociedades anónimas, dependerá del curso de las circunstancias de cada fusión transfronteriza de sociedades anónimas en particular. Semejante alteración del equilibrio contractual debido a una mayor onerosidad puede manifestarse tanto por un incremento sustancial de los costes para una de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones.

Ese sustancial incremento de los costes (increase in cost of performance) puede deberse a un dramático incremento del precio de las materias prima necesarias para la producción de las mercancías o en el pago de los servicios, o en la introducción de regulaciones de seguridad que hagan más costosos los procesos de producción. La segunda manifestación del desequilibrio contractual debido a una mayor onerosidad se caracteriza por un decrecimiento o reducción del valor de la contraprestación recibida por una de las partes (decrease in value of the performance received by one party). En todos los casos no será normalmente relevante la generación o incremento de las obligaciones monetarias derivadas del cambio de moneda o divisa. Ese substancial decrecimiento del valor o la total pérdida de valor de la contraprestación puede deberse tanto a un drástico cambio de las condiciones del mercado, como un extraordinario incremento de la inflación que influya en

los precios acordados contractualmente, o a una frustración de los propósitos o finalidades para la que el cumplimiento o ejecución de la obligación fue requerida.

Puede afirmarse, consecuentemente, que la aplicación de la doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, según la nueva doctrina jurisprudencial, parte de “*la base económica del contrato, como parámetro de la relevancia del cambio, esto es, de la excesiva onerosidad, que permite que en el tratamiento de la relación de equivalencia sea tomada en cuenta la actividad económica o de explotación de la sociedad o empresario que deba realizar la prestación comprometida*”, de tal manera que “*desde esta perspectiva parece razonable apreciar la excesiva onerosidad en el incremento de los costes de preparación y ejecución de la prestación en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación)*”. Afirmando la actual doctrina jurisprudencial sobre la cláusula “*rebus sic stantibus*” que “*en ambos casos, por mor de la tipicidad contractual de la figura, el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc.*”.

La alusión por la doctrina jurisprudencial actual a que una “*crisis económica de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido*”, ha de considerarse que introduce un elemento diferencial relevante respecto de la “*la doctrina jurisprudencial anterior*”²⁵⁸². Pero no puede estimarse limitativa de los efectos expansivos de la nueva doctrina sobre la cláusula “*rebus sic stantibus*”. Esto es, semejante alusión de la doctrina al “*hecho notorio*” da la “*actual crisis económica, de efectos prolongados de recesión económica*”, en absoluto limita la idea de “*crisis económica*” como determinante de la aplicabilidad de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, de tal manera que aquella “*crisis económica*” puede ser global, regional o local, siendo un elemento cualificador para estimar su concurrencia, la circunstancia de que provoque recesión, depresión, deflación, desinflación, hiperinflación o estanflación, en cualquier ámbito, al deberse poner en relación las perspectivas macroeconómica y microeconómica.

La doctrina actual sobre la cláusula “*rebus sic stantibus*”, establece la transcendencia y relevancia de la “*crisis económica como hecho impulsor del cambio o mutación del contexto económico contractual, por lo que no cabe duda su posible aplicación a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Pero no supone que le otorgue un efecto absoluto, pues su aplicación “no se produce de forma generalizada ni de un modo automático”, resultando “necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención en los casos planteados, esto es, que la crisis económica constituya en estos casos un presupuesto previo, justificativo del cambio operado no significa que no deba entrarse a valorar su incidencia real en la relación contractual de que se trate; de ahí, que la crisis económica, como hecho ciertamente notorio, no pueda constituir por ella sola el fundamento de aplicación de la cláusula rebus*”

11.16. Simplificación de formalidades.

La simplificación de formalidades en los procedimientos de fusión transfronteriza cuando existe una relación de control accionarial relevante entre las sociedades que se fusionan está prevista en las normas ejemplares y en un gran número de legislaciones nacionales.

En este sentido, el artículo 15 de la Directiva 2005/56 establece que: a) *“cuando una fusión transfronteriza por absorción sea realizada por una sociedad que posea todas las participaciones y todos los demás títulos que confieran derechos de voto en la junta general de la sociedad o sociedades absorbidas, no serán aplicables las disposiciones del artículo 5, letras b), c) y e), del artículo 8 y del artículo 14, apartado 1, letra b), y que, b) “cuando una fusión transfronteriza por absorción sea realizada por una sociedad que posea el 90 % o más, pero no la totalidad de los títulos o participaciones representativos del capital social que confieran derechos de voto en una junta general de la sociedad o sociedades absorbidas, se exigirán los informes de uno o varios peritos independientes, así como los documentos necesarios para el control, sólo en la medida en que sean exigidos por la legislación nacional a la que esté sujeta la sociedad absorbente o la sociedad absorbida”*²⁵⁸³, lo que naturalmente se acoge por las legislaciones europeas²⁵⁸⁴.

La MBCA establece en su sección 11.05²⁵⁸⁵, “Fusión entre Matriz y Filial o entre Filiales”, que *“(a) Una corporación nacional que posea acciones de una filial nacional o extranjera que supongan, al menos, el 90 del poder de voto de cada clase y serie de las acciones en circulación de la filial puede fusionar la filial en ella, o en otra filial o fusionarse ella en la filial, sin la aprobación del consejo de administración o los accionistas de la filial, salvo que los estatutos sociales de cualquiera de las corporaciones previeran lo contrario y salvo, en el caso de una filial extranjera, que la aprobación del consejo de administración o de los accionistas fuera exigible por la ley aplicable a dicha filial; (b) si conforme a la subsección (a) no fuese exigible la aprobación de los accionistas de la filial, la sociedad matriz, en el plazo de 10 días después de la fecha efectiva de la fusión, notificará a los accionistas de la filial que la fusión ha devenido eficaz; (c) salvo lo previsto en las subsecciones (a) y (b), una fusión entre matriz y filial estará regulada por las previsiones del capítulo 11 aplicable a las fusiones en general”*²⁵⁸⁶.

El Comentario Oficial a la citada Sección 11.05 señala que *“si una matriz es titular del 90% de los derechos de voto de cada clase y serie de las acciones emitidas de una filial, la filial puede ser fusionada en la matriz u en otra filial o la matriz puede ser fusionada en la filial, sin la aprobación del consejo de administración o los accionistas de la filial, con sujeción a ciertos requisitos informativos y de notificación.*

La aprobación por los accionistas de la filial no es requerida, parcialmente porque si la matriz posee el 90 por ciento o más de los derechos de voto de cada clase y serie de las acciones de una filial, la aprobación de una fusión por los accionistas de la filial sería una conclusión previsible, y parcialmente para facilitar la simplificación de la estructura societaria cuando sólo una pequeña porción del capital es propiedad de terceros ajenos.

La aprobación por el consejo de administración de la filial no se requiere porque si la matriz posee el 90 por ciento o más del poder de voto de cada clase y serie de las acciones emitidas de la filial, no se puede esperar que los consejeros sean independientes de la matriz, de tal forma que la aprobación de la fusión por el consejo de la filial también es una conclusión previsible. En otros aspectos las fusiones y filiales cuyo capital se posea en 90 por ciento son reguladas por las previsiones del Capítulo 11

La sección 11.05 dispensa de la aprobación del consejo de administración o de los accionistas de una filial que es fusionada en su matriz u otra filial, si las condiciones de la Sección son cumplidas. La Sección 11.05 no dispensa por sí misma de la aprobación por los accionistas de la matriz. Conforme a la sección 11.04.(g), una fusión del tipo descrito en la Sección 11.05 en la que la filial es fusionada hacia arriba en la matriz no requeriría habitualmente la aprobación de los accionistas de la matriz porque en tal supuesto los estatutos sociales de la matriz no son normalmente afectados por la fusión y la matriz habitualmente no emite acciones que conlleven más del 20 por ciento del poder voto. Sin embargo, en el caso de una fusión inversa matriz filial, la aprobación de los accionistas sería exigible conforme a la Sección 11.04²⁵⁸⁷.

A su vez, en aquella sección 11.04 se establece que “(g) salvo que los estatutos sociales prevean lo contrario, la aprobación por los accionistas de una corporación de un Proyecto de Fusión (...) no es requerida si: (1) la corporación sobrevivirá a la fusión (...); (2) excepto por las modificaciones permitidas por la Sección 10.05, sus estatutos sociales no serán modificados; (3) cada accionista de la corporación cuyas acciones estuvieren en circulación inmediatamente antes de la fecha de efectos de la fusión (...) mantendrá el mismo número de acciones, con idénticas preferencias, limitaciones y derechos relativos, inmediatamente después de la fecha de efectos; y (4) la emisión en la fusión (...) de acciones u otros valores convertibles en acciones o derechos ejercitables a cambio de acciones no requerirá el voto conforme a la Sección 6.21.(f)”²⁵⁸⁸

La Delaware GCL, en su sección 253, “Merger of Parent Corporation and Subsidiary or Subsidiaries”, establece respecto de la simplificación de formalidades que²⁵⁸⁹: “(a) En cualquier caso en el que al menos el 90% de las acciones en circulación de cada clase del capital social de una corporación o corporaciones (distintas de una corporación que tenga en su certificado de constitución la previsión requerida por la Sección 251.(g).(7) de este título) de cuya clase son las acciones en circulación que, en ausencia de esta subsección, tendrían derecho a votar tal fusión, fuera poseída por otra corporación y ésta fuera una corporación de este Estado y la otra u otras corporaciones fueran de este Estado o de otro estado o estados, o del Distrito de Columbia y las leyes del otro estado o estados, o el Distrito permitieran a una corporación de tal jurisdicción fusionarse con una corporación de otra jurisdicción, la corporación que tenga la titularidad sobre el capital podrá bien fusionar la otra corporación o corporaciones en ella y asumir todos sus derechos y obligaciones, o fusionarse ella misma o ella misma y una o más de tales corporaciones en una de tales corporaciones mediante la suscripción, reconocimiento y depósito, conforme a la Sección 103 de este título, de un certificado de tal titularidad y fusión incluyendo una copia de la resolución de su consejo de administración para fusionarse así y la fecha de adopción. Sin embargo, en el caso de la corporación matriz no vaya a poseer la totalidad del capital en circulación de todas las corporaciones filiales, las partes de la fusión conforme se ha mencionado, la resolución del consejo de administración de la corporación matriz recogerá los términos y condiciones de la fusión, incluyendo los valores, efectivo, propiedades o derechos a emitir, pagados, entregados u otorgados por las corporación superviviente en el momento de la entrega de cada acción de la corporación o corporaciones filiales no poseídas por la

*corporación matriz o la cancelación de algunas o todas de tales acciones. Cualesquiera de los términos de la resolución del consejo de administración acordando la fusión en tal sentido pueden hacerse depender de hechos inciertos fuera de tal resolución siempre que la manera en la que tales hechos operarán conforme a los términos de la resolución sean clara y expresamente recogidos en tal resolución.”*²⁵⁹⁰

Añadiendo la precitada sección 253 de la Delaware GCL que “*Si la corporación matriz no fuera la corporación superviviente, la resolución incluirá una previsión para la emisión a pro rata del capital de la entidad superviviente para los titulares de capital de la corporación matriz a la entrega de cualesquiera certificados a tales efectos. El certificado de titularidad y fusión recogerá que la fusión propuesta ha sido aprobada por una mayoría del capital emitido de la corporación matriz con derecho de voto en relación con la misma en una reunión debidamente convocada y mantenida después de un período de 20 días tras la remisión de la correspondiente notificación a cada accionista a la dirección que aparezca en los archivos de la corporación, si la corporación fuera una corporación de este Estado recogerá que la fusión propuesta ha sido adoptada, aprobada, certificada, ejecutada y reconocida por la corporación matriz de conformidad con las leyes que le apliquen, si la corporación no fuera de este Estado. Si la corporación estuviera sujeta a las leyes del Distrito de Columbia o de cualquier estado o jurisdicción distinta de este Estado, la subsección (d) de la Sección 252 de este título también aplicará a una fusión realizada conforme a esta Sección; (b) Si la corporación superviviente fuera una corporación de Delaware, ésta puede cambiar su denominación social mediante la inclusión de una previsión a tales efectos en el acuerdo de fusión adoptado por los consejeros de la corporación matriz y recogerá en el certificado de titularidad y fusión que a la fecha de efectos de la fusión, el nombre de la corporación será modificado en tal sentido”*²⁵⁹¹.

Precisando finalmente la misma sección 253 de la mencionada Delaware GCL, que: “*(c) la Subsección (d) de la Sección 251 aplicará a las fusiones realizadas conforme a esta sección, y la subsección (e) de la Sección 251 de este título aplicará a las fusiones realizadas conforme a esta Sección en las que la corporación superviviente es la corporación filial y es una corporación de este Estado. Las referencias a “acuerdo de fusión” en las subsecciones (d) y (e) de la Sección 251 de este título significarán, a los efectos de esta subsección, la resolución de fusión adoptada por el consejo de administración de la sociedad matriz. Cualquier fusión que opere modificaciones distintas de las autorizadas por esta sección o que resulten de aplicación por esta subsección, serán acometidas conforme a lo previsto en las Secciones 251 y 252 de este título. La Sección 262 (referida a los “appraisal rights o “derechos a obtener una valoración”) de este título no aplicará a cualquier fusión realizada conforme a esta Sección, salvo de acuerdo con lo previsto en la subsección (d) de esta Sección; (d) en el supuesto de que todo el capital de una corporación filial del estado de Delaware que fuese parte de una fusión realizada conforme a esta Sección no fuese propiedad de la corporación matriz en el momento inmediato anterior a la fusión, los accionistas de la filial de Delaware parte de la fusión tendrán derecho a obtener una valoración, conforme a la Sección 262 de este título; (e) una fusión puede ser realizada conforme a lo dispuesto en esta Sección aunque 1 o más de las corporaciones parte de la fusión fuere una corporación organizada bajo las leyes de una jurisdicción distinta de una de las de los Estados Unidos, siempre que las normas de dicha jurisdicción permitan a una corporación de tal jurisdicción fusionarse con una corporación de otra jurisdicción”*²⁵⁹².

En este ámbito, la New York Business Corporation Law, Sección 905 (NY Code - Section 905: Merger of parent and subsidiary corporations) determina lo siguiente:

- (i) *“(a) cualquier corporación nacional que posea al menos el 90% del capital en circulación de cada clase de otra corporación o corporaciones nacionales podrá bien fusionar tal o tales corporaciones en ella o fusionarse ella misma y una o más de tales corporaciones en una de dichas corporaciones, con la autorización de los accionistas de la corporación matriz, otorgada conforme a lo previsto en el párrafo (a) de la Sección 903 (Autorización de los accionistas).*

En cualquier caso, el consejo de tal corporación matriz adoptará un Proyecto de Fusión recogiendo: (1) el nombre de cada corporación a fusionarse y el nombre de la corporación superviviente, y si el nombre de cualquiera de ellas hubiere sido modificado, el nombre conforme al que fue constituida. (2) la designación y número de acciones en circulación de cada clase de cada corporación a fusionarse y el número de tales acciones de cada clase, en su caso, poseídas por la corporación superviviente y si el número de tales acciones está sujeto a cambios con anterioridad a la fecha de efectos de la fusión, la forma en que tal cambio pudiera acaecer; (3) los términos y condiciones de la fusión propuesta, incluyendo la manera y bases de conversión de las acciones de cada corporación filial a fusionarse no poseídas por la corporación matriz en acciones, bonos u otros valores de la corporación superviviente, o efectivo u otra contraprestación a ser pagada o entregada a cambio de las acciones de tales corporaciones filiales, o una combinación de las mismas; (4) si la corporación matriz no es la corporación superviviente, la previsión para la emisión a pro rata de las acciones de la corporación superviviente a la entrega de cualesquiera certificados por los accionistas de la corporación matriz; (5) si la corporación matriz no es la corporación superviviente, una declaración de cualesquiera cambios o modificaciones en el certificado de constitución de la corporación superviviente operados por la fusión; (6) cualesquiera otras previsiones con respecto a la fusión que el consejo pudiere considerar necesarias o deseables.

- (ii) *(b) si la corporación superviviente es la sociedad matriz, una copia del Proyecto de Fusión o un resumen de las principales características del mismo será entregado, personalmente o por correo, a todos los propietarios de acciones de cada corporación filial a ser fusionada no poseídos por la corporación matriz, salvo que tales poseedores hubieran renunciado a dicha entrega.*
- (iii) *(c) un certificado de fusión rubricado “Certificado de fusión de Entre....(nombre de las corporaciones) conforme a la Sección 905 de la Ley de Sociedades de Capital”, será firmado y entregado al departamento de estado por la corporación superviviente. Si la corporación superviviente fuere la corporación matriz y no poseyera la totalidad de las acciones de cada corporación filial a fusionarse, tal certificado será entregado no más tarde de 30 días tras la entrega de la citada copia o resumen de las principales características del Proyecto de Fusión a los accionistas de cada corporación filial o en cualquier momento tras la renuncia a la entrega de la documentación por los propietarios de todas las acciones en circulación de cada corporación filial no poseídos por la corporación superviviente.*

El certificado recogerá: (1) Las declaraciones exigidas por los subpárrafos (a), (2), (3), (4) y (5) de esta sección. (2) La fecha de efectos de la fusión si fuera otra distinta de la de depósito del certificado de fusión por el departamento de estado. (3) La fecha en la que el certificado de constitución de cada corporación interviniente fue presentado al departamento de estado. (4) Una declaración de que el Proyecto de Fusión fue adoptado por el consejo de administración de la corporación matriz. (5) Si la corporación superviviente es la corporación matriz y tal corporación no posee la totalidad de las acciones de cada filial a ser fusionada, la fecha de entrega a los accionistas titulares de acciones de cada una de tales corporaciones filiales no poseídas por la corporación superviviente de una copia del Proyecto de Fusión o un resumen de sus principales características, o una declaración de que se renunció a dicha entrega, si fuera el caso. (6) Si la sociedad matriz no fuera la corporación superviviente, una declaración de que la fusión propuesta ha sido aprobada por los accionistas de la sociedad matriz de conformidad con el párrafo (a) de la Sección 903 (Autorización de los accionistas).

- (iv) (d) la corporación superviviente posteriormente depositará una copia de tal certificado, certificada por el departamento de estado, en cada condado en el que estuviere radicada la sede de cada corporación interviniente, distinta de la corporación superviviente y en el despacho del registrador de cada condado en el que estuvieren ubicados activos inmobiliarios de cualquiera de las corporaciones intervinientes distintas de la corporación superviviente.*
- (v) (e) El párrafo (b) de la Sección 903 (Autorización de los accionistas) aplicará a las fusiones conforme a esta Sección.*
- (vi) (f) El derecho de fusión otorgado por esta sección a ciertas corporaciones no precluirá el ejercicio por tales corporaciones de cualquier otro de fusión o consolidación conforme a este artículo”²⁵⁹³.*

En cuanto al momento en que ha de computarse la participación en el capital social, a los efectos de la “simplificación de las formalidades”, parece que ha de ser aquél en que se concluya por los órganos de administración o dirección de las sociedades anónimas participantes en el proceso de fusión, el “Proyecto Común de Fusión”²⁵⁹⁴.

Milita a favor de este momento, la ausencia de la, en otros supuestos necesaria, aprobación por la junta general de las sociedades participantes en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas. También el que en aquel proyecto han de figurar generalmente y por más que se traten de menciones de las se pueda prescindir en determinados supuestos, la “la proporción aplicable al canje de los títulos o participaciones del capital social y, en su caso, el importe de cualquier pago en efectivo”, así como “todas las ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen”, artículo 5. b) y h) de la Directiva 2005/56, siendo así además que “los órganos de administración o de dirección de cada una de las sociedades que se fusionen elaborarán un informe detallado por escrito que explique y justifique desde el

punto de vista jurídico y económico el proyecto de fusión y, en particular, la relación de canje de las acciones”, artículo 9.1 de la Directiva 2011/35.

Abunda en la determinación del momento de la adopción del “plan común” de fusión transfronteriza como la fecha a considerar para computar la participación en el capital social, la regulación de la MBCA que indica en su Sección 11.05,(a) que *“una corporación nacional que posea acciones de una filial nacional o extranjera que conlleven al menos el 90 % de los derechos de voto (voting power) de cada clase y series de las acciones en circulación de la filial que tengan derecho de voto (voting power) puede fusionar la filial en ella o en otra filial o fusionarse en otra filial, sin la aprobación del consejo de administración o los accionistas de la filial, salvo que los estatutos sociales de cualquiera de tales corporaciones prevean lo contrario y salvo, en el caso de una filial extranjera, que la aprobación del consejo de administración o los accionistas fuese requerida por las normas que resulten de aplicación a dicha filial”*²⁵⁹⁵.

En el mismo sentido indica el Comentario Oficial de dicha Sección 11.05 que *“conforme a la Sección 11.05, si una matriz posee el 90% de los derechos de voto (voting power) de cada clase y series de las acciones en circulación de una filial que tengan derecho de voto (voting power), la filial puede ser fusionada en la matriz u en otra filial, o la matriz puede fusionarse en la filial, sin la aprobación de los accionistas de la filial o su consejo de administración, con sujeción a ciertos requisitos informativos y de notificación”*²⁵⁹⁶

A su vez, el término derecho de voto o “voting power”, es definido por la Sección 1.40.(27) de la MBCA como “la facultad actual de votar en la elección de consejeros”.²⁵⁹⁷ A este respecto el Comentario Oficial indica que el término derecho de voto significa *“la facultad actual de votar en la elección de Consejeros. La aplicación de esta definición se torna en si las acciones de que se trate conllevan la facultad de votar en la elección de consejeros en el momento del voto de la transacción de que se trate. Si las acciones conllevan la facultad de votar en la elección de consejeros solo bajo ciertos supuestos contingentes, como ocurre con frecuencia en el caso de capital preferente, las acciones no conllevarían derecho de voto en el significado de la Sección 1.40.(27) salvo que el supuesto contingente se hubiere materializado y solo durante el período cuando los derechos de voto estén vigentes. Las acciones que conlleven la facultad de votar la elección de algún consejero en el momento de votar la transacción relevante tienen la facultad actual de votar en la elección de consejeros en el sentido de la Sección 1.40.(27), incluso si las acciones no conllevan la facultad de votar en la elección de todos los consejeros”*²⁵⁹⁸.

En consecuencia, tomando en consideración que conforme a la MBCA el consejo deberá adoptar el Proyecto de Fusión (plan of merger) y someterlo, tras su adopción, a la aprobación de los accionistas, salvo ciertas excepciones, cabría interpretar, que en el momento de la adopción del Proyecto es cuando deberá computarse el porcentaje de los derechos de votos propiedad de la matriz para, así, poder decidir el consejo remitirlo a los accionistas para su aprobación o considerar que no es necesaria tal aprobación y por tanto, tal remisión.

Similar razonamiento es aplicable, igualmente, *mutatis mutandi* respecto de la regulación contenida en la Delaware GCL y el NY Code y, por tanto la citada concusión es también aplicable.

La Directiva 2011/35, se ocupa, en su Capítulo V, de la absorción de una sociedad por otra que posea el 90 % o más de las acciones de la primera, disponiendo en su artículo 24, que los Estados miembros organizarán, para las sociedades sometidas a su legislación, la operación por la que una o varias sociedades se disolverán sin liquidación y transferirán la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente a otra sociedad que fuera titular de todas sus acciones y demás títulos que confieran derecho a voto en la junta general. Tales operaciones estarán reguladas por las disposiciones del capítulo III. Sin embargo, precisa el mismo precepto de la Directiva 2011/35, los Estados miembros no podrán imponer los requisitos establecidos en el artículo 5, y según los cuales en el proyecto común de fusión han de figurar “*la relación de canje de las acciones y, en su caso, el importe de la compensación en dinero*”, “*las modalidades de entrega de las acciones de la sociedad absorbente*” y “*la fecha a partir de la cual estas acciones darán derecho a participar en los beneficios, así como toda modalidad particular relativa a este derecho*”.

Asimismo, se continúa previniendo en aquel Capítulo V, que tampoco podrán imponer la elaboración, por los órganos de administración o de dirección de cada una de las sociedades que se fusionen del informe detallado por escrito que explique y justifique desde el punto de vista jurídico y económico el proyecto de fusión y, en particular, la relación de canje de las acciones, ni que uno o varios peritos independientes, designados o reconocidos por una autoridad judicial o administrativa, examinen el proyecto de fusión y elaboren un informe escrito destinado a los accionistas. Consecuentemente también pueden no imponer la obligación de poner en conocimiento de los accionistas, en el domicilio social, y con un mes de antelación a la celebración de la Junta general, los informes antes mencionados de los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionen mencionados y de los peritos independientes.

De igual manera, los Estados miembros de la Unión Europea no pueden imponer el efecto de que los accionistas de la sociedad absorbida se conviertan en accionistas de la sociedad absorbente, o establecer un régimen específico de responsabilidad para los administradores o miembros del órgano de dirección de la sociedad absorbida ante los accionistas de esta sociedad en razón de las faltas cometidas por miembros de este órgano en la preparación y en la realización de la fusión o el régimen concreto de responsabilidad civil ante los accionistas de la sociedad absorbida de los peritos encargados de establecer para esta sociedad el informe antes aludido, en razón de las faltas cometidas por estos peritos en el cumplimiento de su misión.

En línea de simplificación de las formalidades exigibles, previene el artículo 25 de la Directiva 2011/35, que, no se requerirá “*la aprobación de la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen*”, siempre que se den las siguientes circunstancias: (i) que la publicidad el proyecto de fusión se haga por cada una de las sociedades participantes en la

operación, al menos un mes antes de que la operación surta efectos, y, (ii) que todos los accionistas de la sociedad absorbente tengan derecho, al menos un mes antes de que la operación surta efectos, a tener conocimiento, en el domicilio social de esta sociedad, del “*el proyecto de fusión*”, de las “*las cuentas anuales, así como los informes de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que se fusionen*”, y “*en su caso, un estado contable cerrado a una fecha que no deberá ser anterior al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión en el caso de que las últimas cuentas anuales se refieran a un ejercicio cuyo final sea anterior en más de seis meses a esta fecha*”, y, en su caso, “*los informes de los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionen*” y el “*informe de peritos*”. El régimen excepcional del que hemos tratado podrá ser aplicado por los Estados miembros de Unión Europea, a las operaciones por las que una o varias sociedades se disuelvan sin liquidación y transfieran la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente a otra sociedad, si todas las acciones y demás títulos indicados en el artículo 24 de la o de las sociedades absorbidas, pertenecieran a la sociedad absorbente y/o a personas que poseyeran estas acciones y estos títulos en su propio nombre pero por cuenta de esta sociedad.

No obstante lo antes indicado se matiza para cuando se lleve a cabo una fusión por absorción de una sociedad que sea titular del 90 % o más, pero no de la totalidad, de las acciones y demás títulos que confieran derecho a voto en la Junta General de la sociedad o sociedades absorbidas, en lo que respecta a la exigencia de la aprobación de la fusión por parte de “la junta general de la sociedad absorbente”, siempre que se cumplan las condiciones siguientes: (i) la publicidad del proyecto común de fusión prescrita en el artículo habrá de realizarse, por la sociedad absorbente, al menos un mes antes de la fecha de reunión de la Junta General de la o de las sociedades absorbidas que deba pronunciarse sobre el Proyecto de Fusión; (ii) todos los accionistas de la sociedad absorbente que tengan derecho, al menos un mes antes de la fecha indicada para la reunión de la Junta General de la sociedad absorbente, a consultar, en el domicilio social de esta sociedad, el proyecto de fusión y las cuentas anuales, así como los informes de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que se fusionen, y eventualmente, en su caso, el estado contable cerrado a una fecha que no deberá ser anterior al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión, en el caso de que las últimas cuentas anuales se refieran a un ejercicio cuyo final sea anterior en más de seis meses a esta fecha, los informes de los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionen, y, cuando proceda, el (los) informe(s) de los peritos

Además no se podrán imponer los requisitos relativos: (i) a la elaboración por los órganos de administración o de dirección de cada una de las sociedades que se fusionen de un informe detallado por escrito que explique y justifique desde el punto de vista jurídico y económico el proyecto de fusión y, en particular, la relación de canje de las acciones; (ii) al examen del proyecto de fusión por uno o varios peritos independientes y por cada una de las sociedades que se fusionen o para todas las sociedades que se fusionen, designados o reconocidos por una autoridad judicial o administrativa, y elaboración por éstos de un informe escrito destinado a los accionistas; (iii) al derecho de examen, por todo accionista,

al menos un mes antes de la fecha de la reunión de la Junta General llamada a pronunciarse sobre el proyecto de fusión, a tener conocimiento, en el domicilio social, al menos de los siguientes documentos: (a) el proyecto de fusión; (b) las cuentas anuales, así como los informes de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que se fusionen; (iii) en su caso, un estado contable cerrado a una fecha que no deberá ser anterior al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión en el caso de que las últimas cuentas anuales se refieran a un ejercicio cuyo final sea anterior en más de seis meses a esta fecha; (iv) en su caso, los informes de los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionen; (v) cuando proceda, del informe de peritos sobre la fusión. Siempre que: (i) los accionistas minoritarios de la sociedad absorbida puedan ejercer el derecho de hacer adquirir sus acciones por la sociedad absorbente, teniendo derecho a obtener una contrapartida correspondiente al valor de sus acciones, y en caso de desacuerdo sobre esta contrapartida, esta se determine por un tribunal o por una autoridad administrativa designada a tal efecto por el Estado miembro; o, (ii) la sociedad absorbente pueda exigir, sin una oferta pública de adquisición previa, que todos los titulares de las participaciones restantes de la sociedad o sociedades a ser absorbidas le vendan dichas participaciones antes de la fusión a un precio justo.

Este excepcional régimen podrán también aplicarlo los Estados miembros de la Unión Europea a operaciones por las que una o varias sociedades se disuelvan sin liquidación y transfieran la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente a otra sociedad si el 90 % o más, pero no la totalidad, de las acciones y demás títulos indicados en el artículo 27 de la o de las sociedades absorbidas pertenecieran a la sociedad absorbente y/o a personas que poseyeran estas acciones y estos títulos en su propio nombre pero por cuenta de esta sociedad.

La LME, regula en la Sección 8.^a, del Capítulo I del Título II, artículos 49 a 52, lo que denomina “fusiones especiales”²⁵⁹⁹, diferenciando entre “absorción de sociedad íntegramente participada”, “absorción de sociedad participada al noventa por ciento”, y “supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas”.

Para el primer supuesto establece el artículo 49 LME, que cuando la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas, la operación podrá realizarse sin necesidad de que concurran los siguientes requisitos: (i) La inclusión en el proyecto de fusión de la mención del tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje, ni la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho, ni, salvo que se trate de una fusión transfronteriza intracomunitaria, la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante y las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión menciones 9.^a y 10.^a de ese mismo artículo.; (ii) Los informes de administradores y expertos sobre el

proyecto de fusión. No obstante será necesario, el informe de los administradores cuando se trate de una fusión transfronteriza intracomunitaria; (iii) El aumento de capital de la sociedad absorbente, y, (iv) La aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas.

Adicionalmente cuando la sociedad absorbente fuese titular de forma indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divide el capital de la sociedad absorbida, además de tener en cuenta lo dispuesto en el apartado anterior, será siempre necesario el informe de expertos sobre el proyecto de fusión, y será exigible, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente. Precisándose que cuando la fusión provoque una disminución del patrimonio neto de sociedades que no intervienen en la fusión por la participación que tienen en la sociedad absorbida, la sociedad absorbente deberá compensar a estas últimas sociedades por el valor razonable de esa participación.

Para el supuesto en que la sociedad absorbente fuera titular directa del noventa por ciento o más, pero no de la totalidad del capital de la sociedad o de las sociedades anónimas que vayan a ser objeto de absorción, la regulación se contiene en el artículo 50 LME, según el cual que no serán necesarios los informes de administradores y de expertos sobre el proyecto de fusión, siempre que en éste se ofrezca por la sociedad absorbente a los socios de las sociedades absorbidas la adquisición de sus acciones, estimadas en su valor razonable, dentro de un plazo determinado que no podrá ser superior a un mes a contar desde la fecha de la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil. En el Proyecto de Fusión deberá constar el valor establecido para la adquisición de las acciones. Los socios que manifiesten la voluntad de transmitir las acciones a la sociedad absorbente, pero que no estuvieran de acuerdo con el valor que para las mismas se hubiera hecho constar en el proyecto, podrán, a su elección y dentro del plazo de seis meses desde que notificaron su voluntad de enajenar sus acciones, optar entre solicitar del Registro Mercantil correspondiente al domicilio de la sociedad absorbente la designación de un auditor de cuentas, distinto del de la sociedad, para que determine el valor razonable de sus acciones, o bien ejercitar las acciones judiciales correspondientes para exigir que ésta las adquiriera por el valor razonable que se fije en el procedimiento. Las acciones de los socios de la sociedad absorbida que no fueran adquiridas deberán ser canjeadas por acciones propias que la absorbente tuviera en cartera. En otro caso, y siempre que no tenga que celebrarse la junta a solicitud de la minoría, los administradores están autorizados, si así lo prevé el proyecto de fusión, a elevar el capital en la medida estrictamente necesaria para el canje.

El tema crucial de la necesidad de la junta de socios de la sociedad absorbente es regulado en el artículo 51 LME, a cuyo tenor cuando la sociedad absorbente fuera “titular directa” del noventa por ciento o más del capital social de la sociedad o de las sociedades anónimas que vayan a ser objeto de absorción, no será necesaria la aprobación de la fusión por la junta de socios de la sociedad absorbente, siempre que con un mes de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta o juntas de las sociedades absorbidas que deban pronunciarse sobre el proyecto de fusión, o, en caso de sociedad íntegramente participada, a la fecha prevista para la formalización de la absorción, se

hubiera publicado el proyecto por cada una de las sociedades participantes en la operación con un anuncio, publicado en la página web de la sociedad o, caso de no existir, en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” o en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio, en el que se haga constar el derecho que corresponde a los socios de la sociedad absorbente y a los acreedores de las sociedades que participan en la fusión a examinar en el domicilio social, necesariamente, el proyecto común de fusión y las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, así como los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles, y, en su caso, los informes de los administradores de cada una de las sociedades sobre el proyecto de fusión, y los informes de los expertos independientes, así como a obtener, cuando no se haya publicado en la página web, la entrega o el envío gratuitos del texto íntegro de los mismos. En el anuncio deberá mencionarse el derecho de los socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social a exigir la celebración de la Junta de la sociedad absorbente para la aprobación de la absorción, así como el derecho de los acreedores de esa sociedad a oponerse a la fusión en el plazo de un mes desde la publicación del proyecto en los términos establecidos en el art. 44 de esta Ley.

Establece el artículo 52 LME, lo que denomina “supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas”, precisando que lo dispuesto para la absorción de sociedades íntegramente participadas será de aplicación, en la medida que proceda, a la fusión, en cualquiera de sus clases, de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio, así como a la fusión por absorción cuando la sociedad absorbida fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones de la sociedad absorbente, y que cuando la sociedad absorbida fuese titular de forma indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divide el capital de la sociedad absorbente o cuando las sociedades absorbida y absorbente estén participadas indirectamente por el mismo socio, será siempre necesario el informe de expertos y será exigible, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente. Estableciendo además que cuando la fusión provoque una disminución del patrimonio neto de sociedades que no intervienen en la fusión por la participación que tienen en la sociedad absorbente o absorbida, la sociedad absorbente deberá compensar a dichas sociedades por el valor razonable de esa participación. Indicando finalmente que los administradores de la sociedad absorbente estarán obligados a convocar la junta para que apruebe la absorción cuando, dentro de los quince días siguientes a la publicación del último de los anuncios a los que se refiere el apartado anterior, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social. En este supuesto, la Junta debe ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiera requerido notarialmente a los administradores para convocarla²⁶⁰⁰.

El relato sobre la “simplificación de formalidades” no abunda en sus causas, que se encuentran en el “grupo de empresas” como agente económico, que asume todo su protagonismo en el ámbito de la economía global, lo que impone por pura racionalidad que

determinadas actuaciones u operaciones societarias dejen de tener sentido jurídico, y, además, resultasen contrarias, de mantenerse vigentes, a los más elementales criterios de economicidad con daño para la explotación de la empresa que desarrolla cada sociedad anónima implicada en el proceso de fusión transfronteriza, y para cada conjunto de ellas como empresas polisocietarias, así como para la economía global²⁶⁰¹. Por ello es suficiente con una remisión al apartado correspondiente de la presente Tesis y a sus correspondientes epígrafes y subepígrafes.

La referencia a la “simplificación de formalidades” efectuada, además, pone de manifiesto el acierto de la metodología empleada, en cuanto que, por una parte, manifiesta como la semejanza de las “simplificaciones procedimentales” es posible porque los procedimientos ordinarios operantes en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas son similares en los diversos sistemas legislativos, mostrando, al propio tiempo una íntima interrelación entre los ámbitos domésticos y el transnacional, con un neto predominio del modelo, prácticamente único y universal, de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

11.17. Procedimiento para constituir una Sociedad Anónima Europea (Societas Europaea, SE) por fusión.

La realización del mercado interior y la mejora de la situación económica y social que tal realización debe fomentar en el conjunto de la Comunidad ha sido lo que ha llevado, además de a la eliminación de los obstáculos a los intercambios, a una reestructuración a escala de la Comunidad de las estructuras de producción.

A tal fin es indispensable que las empresas cuya actividad no se limite a satisfacer necesidades puramente locales puedan concebir y llevar a cabo la reorganización de sus actividades a escala comunitaria. Una reorganización de este tipo requiere que las empresas ya existentes de los distintos Estados miembros tengan la posibilidad de unir sus fuerzas mediante operaciones de fusión. Lo que no debe impedir que una sociedad cuya administración central no se encuentre en la Comunidad participe en la constitución de una Sociedad Anónima Europea, siempre que dicha sociedad esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en dicho Estado miembro y tenga una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro. Vinculación efectiva que existirá en particular si una sociedad tiene un establecimiento en dicho Estado miembro y realiza operaciones desde el mismo²⁶⁰².

Así, el artículo 455, titulado “Régimen de la Sociedad Anónima Europea”, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, establece que “*la sociedad anónima europea (SE) que tenga su domicilio en España se registrará por lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por las disposiciones de este título y por la ley que regula la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas*”²⁶⁰³, y el artículo 465 del mismo Real Decreto

Legislativo 1/2010, determina que en la constitución de una sociedad anónima europea que se haya de domiciliar en España, además de las sociedades indicadas en el Reglamento (CE) n° 2157/2001, podrán participar las sociedades que, aun cuando no tengan su administración central en la Unión Europea, estén constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tengan en él su domicilio y una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro. Se presume que existe vinculación efectiva cuando la sociedad tenga un establecimiento en dicho Estado miembro desde el que dirija y realice sus operaciones.

La realización de operaciones de reestructuración en las que intervienen empresas de distintos Estados miembros tropieza con dificultades de orden jurídico, fiscal y psicológico, lo que no es óbice para que esas empresas sometidas a ordenamientos jurídicos diferentes tengan la obligación de escoger una forma de sociedad regulada por un ordenamiento jurídico nacional determinado. Por ello, resulta esencial establecer, tanto como sea posible, una correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en la Comunidad. A tal fin, es conveniente prever la constitución, junto a las sociedades de Derecho nacional, de sociedades cuya formación y funcionamiento estén regulados por un Reglamento de Derecho Comunitario, directamente aplicable en todos los Estados miembros, cuyas disposiciones permitan la creación y la gestión de sociedades de dimensión europea, sin que los obstáculos derivados de la disparidad y de la aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles puedan impedir o dificultar tales operaciones, y cuyo régimen debe ser el de una sociedad de capital por acciones, que es el régimen que mejor se adapta, tanto desde el punto de vista financiero como del de su gestión, a las necesidades de las empresas que lleven a cabo sus actividades a escala europea²⁶⁰⁴.

Asimismo se debe tener en cuenta el hecho de que, por lo que respecta a la organización de la administración de las sociedades anónimas, existen actualmente dos sistemas diferentes en Unión, manteniéndose la posibilidad de que la Sociedad Anónima Europea escoja entre los dos sistemas, debe, en todo caso, llevarse a cabo una delimitación clara entre las responsabilidades de las personas encargadas de la gestión y las de las personas encargadas de la vigilancia²⁶⁰⁵.

Conforme a esas previsiones la Sociedad Anónima Europea (*Societas Europaea*, SE), tendrá un capital dividido en acciones, cada accionista sólo responderá hasta el límite del capital que haya suscrito, la sociedad Anónima Europea tendrá personalidad jurídica propia, y se producirá la implicación de los trabajadores. El capital de la SE, su mantenimiento y sus modificaciones, así como sus acciones, obligaciones y demás títulos asimilables, salvo concretas especificaciones, y sin perjuicio de la aplicación supletoria de la legislación nacional pertinente, establecida por el artículo 18 del Reglamento 2157/2001, estarán regulados por las disposiciones que se aplicarían a una sociedad anónima que tuviera el domicilio social en el Estado miembro en el que esté registrada la Sociedad Anónima Europea, cuyo domicilio deberá estar situado dentro de la Unión, en el mismo Estado miembro que su administración central²⁶⁰⁶. *En todo caso la Sociedad Anónima Europea*

“no puede identificarse con la sociedad cotizada, si bien es cierto que el estatuto de la SE responde a los caracteres de la sociedad abierta”²⁶⁰⁷.

La Sociedad Anónima Europea se constituye mediante un procedimiento en el que se puede diferenciar: (i) El proyecto de constitución de una SE, (ii) La decisión social sobre el proyecto; y (iii) La ejecución de la operación²⁶⁰⁸.

De tal manera que *“sólo ajustándose al procedimiento fijado a modo de presupuesto, se alcanzan los efectos típicos señalados en el reglamento (CE) 2157/2001”²⁶⁰⁹.*

La Sociedad Anónima Europea puede constituirse mediante fusión: (i) bien con arreglo al procedimiento de fusión por absorción de conformidad con la Directiva 2011/35, artículo 3.1; o (ii) bien con arreglo al procedimiento de fusión por constitución de una nueva sociedad, de conformidad con el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 2011/35²⁶¹⁰. Con una “peculiaridad esencial: las sociedades preexistentes son sociedades anónimas nacionales, dependientes al menos, de dos ordenamientos estatales diferentes, en tanto que la sociedad resultante será una SE y ello sin liquidación de las sociedades concurrentes”²⁶¹¹. Esos ordenamientos tienen que corresponder a diferentes Estados miembros de la Unión Europea. Sin que las relaciones de dominio societarias, tan importante, según ya se ha indicado, perturbe esa posibilidad. Esto es, los derechos y las obligaciones relativos a la protección de los accionistas minoritarios y de terceros que incumben a una empresa por el hecho de ejercer un control sobre otra empresa sometida a una legislación diferente están regulados, en virtud de las normas y los principios generales del Derecho internacional privado, por el ordenamiento jurídico al que esté sometida la empresa controlada, sin perjuicio de las obligaciones a las que esté sometida la empresa que ejerza el control en virtud de las disposiciones del ordenamiento jurídico que le sea aplicable, no siendo necesaria una normativa específica para las Sociedades Anónimas Europeas en este campo, debiendo aplicarse esas normas y principios generales tanto en el caso de que la Sociedad Anónima Europea ejerza el control como en el caso de que la Sociedad Anónima Europea sea la sociedad controlada, aplicándose, en este último caso, al ordenamiento jurídico aplicable a las sociedades anónimas sometidas a la legislación del Estado miembro del domicilio de la Sociedad Anónima Europea²⁶¹².

En caso de fusión por absorción, la sociedad absorbente adoptará la forma de SE simultáneamente a la fusión. En caso de fusión por constitución de una nueva sociedad, la SE será la nueva sociedad. Su régimen de constitución se regula mediante el Reglamento (CE) No 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), no obstante para las materias no reguladas en el mismo o, cuando una materia lo esté parcialmente, para los aspectos no cubiertos por ella, toda sociedad que participe en la constitución de una Sociedad Anónima Europea por medio de fusión estará sometida a las disposiciones del ordenamiento jurídico del Estado miembro de que dependa que sean aplicables a las fusiones de sociedades anónimas de conformidad con la Directiva 2011/35, precisa el artículo 18 del Reglamento 2157/2001. *“Cuando se trata*

*de constituer une SE mediante fusión, sea por absorción sea mediante constitución de una SE nueva, sólo pueden intervenir sociedades anónimas*²⁶¹³.

En la legislación de los Estados miembros se podrá establecer que una sociedad sujeta al ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate no podrá participar en la constitución de una SE por medio de fusión en caso de que una autoridad competente de dicho Estado miembro se oponga a ello antes de la expedición del certificado que acredite de manera concluyente el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión, indica el artículo 19 del Reglamento 2157/2001. Si bien sólo podrá producirse esta oposición por razones de interés público, pudiendo recurrirse contra dicha oposición por vía judicial. Posibilidad de oposición que ha recogido nuestra legislación.

Efectivamente, el artículo 466 LSC, expresivamente titulado “*Oposición a la participación de una sociedad española en la constitución de una sociedad anónima europea mediante fusión*”, establece lo siguiente: “1. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia o de la Comunidad Autónoma donde la sociedad anónima tenga su domicilio social, podrá oponerse por razones de interés público a que una sociedad española participe en la constitución mediante fusión de una sociedad anónima europea en otro Estado miembro. Cuando la sociedad española que participe en la constitución de una sociedad anónima europea mediante fusión esté sometida a la supervisión de una autoridad de vigilancia, la oposición a su participación podrá formularse también por dicha autoridad. 2. Una vez que tenga por efectuado el depósito del proyecto de fusión, el registrador mercantil, en el plazo de cinco días, comunicará al Ministerio de Justicia, a la Comunidad Autónoma donde la sociedad anónima tenga su domicilio social y, en su caso, a la autoridad de vigilancia correspondiente, dicho depósito, para que éstos puedan formular su oposición a la fusión. 3. La oposición habrá de formularse antes de la expedición del certificado a que se refiere el artículo 469. El acuerdo de oposición podrá recurrirse ante la autoridad judicial competente”.

Los órganos de dirección o de administración de las sociedades que se fusionen elaborarán un proyecto de fusión. Éste contendrá: (i) la denominación y domicilio social de las sociedades que se fusionen y los previstos para la Sociedad Anónima Europea; (ii) la relación de canje de las acciones y, en su caso, el importe de la compensación; (iii) las formas de entrega de las acciones de la Sociedad Anónima Europea; (iv) la fecha a partir de la cual estas acciones darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho; (v) la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se fusionen se considerarán, desde el punto de vista contable, como realizadas por la Sociedad Anónima Europea; (vi) los derechos que garantiza la Sociedad Anónima Europea a los accionistas que tuviesen derechos especiales y a los portadores de títulos distintos de las acciones, o las medidas propuestas respecto a ellos; (vii) todas las ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudien el proyecto de fusión así como a los miembros de los órganos de administración, de dirección, de vigilancia o de control de las sociedades que se fusionen; (viii) los estatutos de la Sociedad Anónima Europea; y (ix) información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores. Todo ello sin perjuicio de que las sociedades que se fusionen puedan añadir otros elementos al proyecto de fusión. La misma existencia de un

proyecto de fusión así como la necesidad de que este tenga un contenido mínimo predeterminado²⁶¹⁴, ordenado por el artículo 20 del Reglamento 2157/2001, evoca la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, y traslativamente la fusión misma de sociedades anónimas²⁶¹⁵.

La supletoriedad de las legislaciones nacionales, que establece el artículo 18 del reglamento 2157/2001, tanto para las materias no reguladas o para cuando una materia lo esté parcialmente, para los aspectos no cubiertos por ella, no supone que las diferencias en el contenido del proyecto de fusión, como por ejemplo y en relación con la legislación española, la relativa a “la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante”, hayan de introducirse por la vía de semejante supletoriedad²⁶¹⁶. Pero ello no impide que por la vía abierta por el apartado 2 del artículo 20 del reglamento 2157/2001, según el cual “las sociedades que se fusionen podrán añadir otros elementos al proyecto de fusión”, no puedan introducirse menciones como la antes aludida. Además si se tiene en cuenta que en virtud de lo establecido en el apartado 3 del artículo 3 de la Directiva 2009/101²⁶¹⁷, “todos los actos y todas las indicaciones que se sometan a la publicidad en virtud del artículo 2 se incluirán en el expediente o se transcribirán en el registro; el objeto de las transcripciones al registro deberá aparecer en todo caso en el expediente” y que entre esas transcripciones están “*f) los documentos contables por cada ejercicio presupuestario, que deben publicarse*”, semejante omisión pierde todo dramatismo²⁶¹⁸.

Existe un mandato de publicidad, en el sentido de que, según el artículo 21 del Reglamento 2157/2001, deberán publicarse en el boletín oficial del Estado miembro donde esté registrada la sociedad de que se trate, y sin perjuicio de los requisitos adicionales impuestos por dicho Estado miembro, los siguientes datos relativos a cada una de las sociedades que se fusionen: (i) la forma, denominación y domicilio social de las sociedades que se fusionen; (ii) el registro en el que se hayan entregado los documentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2009/101, para cada una de las sociedades que se fusionan, y el número de inscripción en tal registro; (iii) las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores de la sociedad de que se trate de conformidad con el artículo 24, así como la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre dichas condiciones; (iv) las condiciones de ejercicio de los derechos de los accionistas minoritarios de la sociedad de que se trate de conformidad con el artículo 24, así como la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre dichas condiciones; y (v) la denominación y el domicilio social previstos para la Sociedad Anónima Europea. Además de la publicación de las circunstancias indicadas en el apartado anterior, habrá de llevarse a cabo el depósito, o publicación en la página web, del proyecto de fusión habrá según la legislación del estado miembro que le fuere aplicable²⁶¹⁹.

Es de recordarse que según el artículo 2, al que se remite el apartado 3 del artículo 3, de la Directiva 2009/101, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que la publicidad obligatoria relativa a las sociedades anónimas se refiera al menos a los actos e indicaciones siguientes: (i) la escritura de constitución y los estatutos, si fueran

objeto de un acto separado; (ii) las modificaciones de los actos mencionados en el apartado (i), comprendida la prórroga de la sociedad; (iii) después de cada modificación de la escritura de constitución o de los estatutos, el texto íntegro del acto modificado, en su redacción actualizada; (iv) el nombramiento, el cese de funciones, así como la identidad de las personas que, como órgano legalmente previsto, o como miembros de tal órgano: (a) tengan el poder de obligar a la sociedad con respecto a terceros y representarla en juicio; las medidas de publicidad deberán precisar si las personas que tengan poder de obligar a la sociedad pueden hacerlo por sí o deben hacerlo conjuntamente; (b) participen en la administración, la vigilancia o el control de la sociedad; (v) al menos anualmente, el importe del capital suscrito, cuando la escritura de constitución o los estatutos mencionen un capital autorizado, a menos que todo aumento de capital suscrito implique una modificación de los estatutos; (vi) los documentos contables por cada ejercicio presupuestario, que deben publicarse g) todo cambio de domicilio social; (vii) la disolución de la sociedad; (viii) la resolución judicial que declare la nulidad de la sociedad; (ix) el nombramiento y la identidad de los liquidadores, así como sus poderes respectivos, a menos que estos poderes resultasen expresa y exclusivamente de la ley o de los estatutos; y (x) el cierre de la liquidación y la cancelación del registro en los Estados miembros en que esta produzca efectos jurídicos.

El Reglamento 2157/2001 regula de “manera fragmentaria”²⁶²⁰ los informes sobre el proyecto de constitución de una Sociedad Anónima Europea. Aquel Reglamento no alude directamente al informe de los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades que se fusionen²⁶²¹, como lo hace la Directiva 2005/56, en su artículo 7, por más que pueda inferirse por la referencia que efectúa mismo en el artículo 31.2 y del informe de peritos, en su artículo 22, pues el contenido de este referido a la relación de canje, que no solo fijan los administradores sino que de la misma también se ocupa el informe del órgano de dirección o de administración. En todo caso, de aquella omisión no parece que pueda concluirse que aquellos órganos de dirección o de administración no deban elaborar dicho informe. Así según su artículo 24 del Reglamento 2157/2001, el ordenamiento jurídico del Estado miembro donde esté registrada cada una de las sociedades que se fusionen se aplicará, como en los casos de fusión de sociedades anónimas, habida cuenta del carácter transfronterizo de la fusión, en lo que se refiere a la protección de los intereses de: (i) los acreedores de las sociedades que se fusionen; (ii) los obligacionistas de las sociedades que se fusionen; (iii) los tenedores de títulos distintos de las acciones a los que correspondan derechos especiales en las sociedades que se fusionen. Eso supone la aplicación supletoria, en su caso, del artículo 60 de la LME, que a su vez se remite al artículo 33²⁶²² de la misma ley. Efectivamente, el informe de los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión transfronteriza, que elaborarán conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la misma ley, se pondrá a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores, o en su defecto de los propios trabajadores, en un plazo no inferior a un mes antes de la fecha de la junta de socios que ha de resolver sobre el proyecto común de constitución de la Sociedad Anónima Europea mediante fusión.

El derecho de oposición de los acreedores y obligaciones, si bien no está referido “*expressis verbis*” sí está implícito en la mencionada norma, por lo que respecta a los titulares de derechos especiales nos remitimos a lo que indicado en el apartado correspondiente de la presente Tesis.

Al informe de peritos alude expresamente al artículo 226 bis.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, según el cual: “El nombramiento del experto o expertos independientes que hayan de informar sobre el proyecto de fusión se regulará por lo establecido en los artículos 338 a 349 de este Reglamento”. También se refiere al mismo el artículo 22 del Reglamento 2157/2001, según el cual “como alternativa a peritos que operen por cuenta de cada una de las sociedades que se fusionen, uno o más peritos independientes tal como se definen en el artículo 10 de la Directiva 2011/35, designados para ello, previa petición conjunta de dichas sociedades, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa una de las sociedades que se fusionen o la futura SE, podrán estudiar el proyecto de fusión y redactar un informe único destinado a la totalidad de los accionistas. Los peritos estarán facultados para pedir a cada una de las empresas que se fusionen cualquier información que consideren necesaria para poder llevar a cabo su cometido”. El artículo 467 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, precisa que “en el supuesto de que una o más sociedades españolas participen en la fusión o cuando la sociedad anónima europea vaya a fijar su domicilio en España, el registrador mercantil será la autoridad competente para, previa petición conjunta de las sociedades que se fusionan, designar uno o varios expertos independientes que elaboren el informe único previsto en el artículo 22 del Reglamento (CE) n° 2157/2001”. En relación con el “estado contable específico” o “balance de fusión”, cualquier consideración sobre su exigibilidad dependerá de la posición que se adopte respecto a su importancia en relación con la fijación del tipo de canje, extremo en el que nos remitimos a lo indicado en la aparto 11.9 de la presente tesis.

La decisión sobre la constitución de la Sociedad Anónima Europeas, mediante fusión, se adoptará por “la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen” que “deberá aprobar el proyecto de fusión”, dice el artículo 23 del Reglamento 2157/2001, y si bien establece la misma norma que “La implicación de los trabajadores en la SE se decidirá con arreglo a la Directiva 2001/86/CE”, no se excluye el protagonismo en la materia a las citadas Juntas generales respectivas, en la medida en que “las juntas generales de cada una de las sociedades que se fusionan podrán reservarse la posibilidad de condicionar el registro de la SE a la ratificación expresa por ésta de las disposiciones que así se determinen”. En definitiva, “para que la operación tendente a constituir una SE siga adelante es necesaria la aprobación del proyecto respectivo (y del proyecto de estatutos de la SE) por las juntas de todas las sociedades que participan”²⁶²³.

En relación con la aprobación de la constitución de la sociedad anónima europea mediante fusión, y la existencia del derecho de separación de los socios que hayan votado en contra, y por tanto se consideren disidentes, parece que, en la medida en que fuere

aplicable nuestra legislación, deberá reconocérsele, y ello en base a la aplicación del apartado 2 del artículo 23 del Reglamento 2157/2001, en relación con el artículo 468, titulado “derecho de separación de los accionistas”, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital²⁶²⁴, lo que se añade el contenido del artículo 62 de la Ley 3/3009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles,

Efectivamente, según el artículo 23.2 del reglamento 2157/2001: “Los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las sociedades participantes en una fusión constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión”, y al tenor del artículo 468.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital: “Los accionistas de las sociedades españolas que voten en contra del acuerdo de una fusión que implique la constitución de una sociedad anónima europea domiciliada en otro Estado miembro podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en esta ley para los casos de separación de socios. Igual derecho tendrán los accionistas de una sociedad española que sea absorbida por una sociedad anónima europea domiciliada en otro Estado miembro”.

El 226 bis.3 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, establece lo siguiente: “El derecho de separación de los socios que hubieran votado en contra deberá ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la fecha del acuerdo de fusión. En documento público se hará constar la declaración de los administradores de que ningún socio ha hecho uso de su derecho de separación o, en caso contrario, la declaración de los administradores de la que resulte el reembolso de las acciones correspondientes y los datos de identidad de los accionistas que ejercitaron tal derecho, previa amortización de aquellas y reducción del capital social. Según artículo 62, titulado también “derecho de separación de los socios”, de la Ley 3/3009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: “Los socios de las sociedades españolas participantes en una fusión transfronteriza intracomunitaria que hubieran votado en contra del acuerdo de una fusión cuya sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital²⁶²⁵”.

Para el control de la legalidad de la fusión mediante la que se constituya una Sociedad Anónima Europea²⁶²⁶, ha de estarse al contenido de los artículos 25 y 26 del Reglamento 2157/2001 la obligación del cumplimiento de estos trámites del procedimiento de constitución de una Sociedad Anónima Europea mediante fusión, resulta de que sin la acreditación de su cumplimiento no se constituirá la misma ni surtirá los efectos que le son propios, habida cuenta que “sólo podrá llevarse a cabo la inscripción de la SE una vez efectuados todos los trámites enumerados en los artículos 25 y 26”, precisa el artículo 27.2 del Reglamento 2157/2001.

Añade el artículo 226 bis.1 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, titulado “Constitución mediante fusión de una sociedad anónima europea domiciliada en otro Estado miembro”, que “en la constitución de una sociedad anónima europea domiciliada en otro Estado miembro mediante fusión, en la que participe una sociedad española, será de aplicación lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 160 bis de este Reglamento”²⁶²⁷ y en su apartado 4, que “el Registrador, a la vista de los datos obrantes en el Registro y en la escritura pública de fusión presentada, y acreditados los trámites previstos en los apartados anteriores, certificará el cumplimiento por parte de la sociedad anónima española que se fusiona de todos los actos y trámites previos a la fusión”. Indicando el artículo 114.3 del mismo Real Decreto 1784/1996, lo siguiente: “Para la inscripción de una sociedad anónima europea se deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en cada procedimiento constitutivo, según se trate de constitución mediante fusión (...)”. Además, la ausencia de control de la legalidad de la fusión con arreglo a esos artículos “podrá constituir una causa de disolución de la Sociedad Anónima Europea”. Establecen aquellos artículos 25 y 26 preceptos lo siguiente:

- (i) Según el artículo 25: *“1. Para la parte del procedimiento correspondiente a cada sociedad que se fusione, el control de la legalidad de la fusión se efectuará con arreglo a la legislación sobre fusión de sociedades anónimas aplicable en el Estado miembro de su domicilio. 2. En cada Estado miembro implicado, un tribunal, un notario u otra autoridad competente expedirá un certificado que acredite de manera concluyente el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión. 3. Cuando el ordenamiento jurídico del Estado miembro al que esté sujeta una sociedad que se fusione establezca un procedimiento para controlar y modificar la relación de canje de las acciones o un procedimiento para compensar a los accionistas minoritarios, sin impedir la inscripción de la fusión, tales procedimientos sólo se aplicarán cuando las demás sociedades participantes en la fusión, situadas en Estados miembros que no prevean tales procedimientos, acepten explícitamente, al aprobar el proyecto de fusión (...), la posibilidad de que los accionistas de dicha empresa que se fusiona recurran a tal procedimiento. En esos casos, el tribunal, notario u otra autoridad competente del Estado miembro del futuro domicilio de la SE podrá expedir el certificado a que se refiere el apartado 2, aun cuando ya haya dado comienzo un procedimiento de este tipo. No obstante, en el certificado se indicará que está en curso el procedimiento. La decisión a que se llegue en el procedimiento será vinculante para la empresa absorbente y para todos sus accionistas”²⁶²⁸.*
- (ii) Al tenor del artículo 26: *“1. Para la parte del procedimiento correspondiente a la realización de la fusión y la constitución de la SE, el control de la legalidad de la fusión deberá ser efectuado por un tribunal, un notario u otra autoridad del Estado miembro del futuro domicilio de la SE competente en materia de control de este aspecto de la legalidad de la fusión de sociedades anónimas. 2. A tal fin, cada sociedad que se fusione remitirá a dicha autoridad el certificado mencionado en el apartado 2 del artículo 25, en el plazo de seis meses a partir de su expedición, y una copia del proyecto de fusión aprobado por la*

sociedad. 3. La autoridad a que se refiere el apartado 1 controlará en particular que las sociedades que se fusionen hayan aprobado un proyecto de fusión en los mismos términos, y que se hayan establecido las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores con arreglo a la Directiva 2001/86/CE. 4. Dicha autoridad también comprobará que la constitución de la SE se ajuste a las condiciones establecidas en la legislación del Estado miembro del domicilio social”²⁶²⁹.

Los efectos de la constitución de una sociedad Anónima Europea, mediante fusión dependen de su inscripción registral, y la misma tiene un efecto contundente limitativo de la posible declaración de su nulidad, de tal manera que, según el artículo 30.1 del Reglamento 2157/2001, “*no podrá declararse la nulidad de una fusión (...) una vez se haya llevado a cabo la inscripción de la SE*”, lo que parece separarse del régimen contemplado en la Directiva 2011/235²⁶³⁰, pero deberá ser entendido “*cun grano salis*”, punto en el que nos remitimos a lo que se dirá en el apartado correspondiente de la presente Tesis. “*La fusión y la constitución simultánea de la SE surtirán efecto el día en que quede registrada la SE con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12*”, dice el artículo 27 el Reglamento 2157/2001. Según aquel artículo 12: a) Toda Sociedad Anónima Europea deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social en el registro que señale la legislación de ese Estado miembro; b) No podrá registrarse ninguna Sociedad Anónima Europea salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores²⁶³¹; c) Los estatutos de las Sociedad Anónima Europea en ningún caso podrán ser contrarios a las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores que se hayan fijado²⁶³².

Según preceptúa el artículo 230.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, “en el caso de constitución de una sociedad anónima europea mediante fusión que vaya a fijar su domicilio en España, para su inscripción, se acompañarán a la escritura de fusión “*los certificados de las autoridades correspondientes al domicilio de las sociedades extranjeras participantes en la fusión acreditativos de la legalidad del procedimiento con arreglo a la ley aplicable y de los asientos vigentes obrantes en el Registro de procedencia, así como el informe o informes del experto o expertos independientes*”. Cuando la Sociedad Anónima Europea vaya a tener su domiciliación en nuestro país, si el Registro de la nueva sociedad resultante de la fusión o de la sociedad absorbente no coincida con el Registro de las restantes sociedades que participen en la fusión, la inscripción de la fusión no podrá practicarse sin que conste en el título nota firmada por el Registrador o Registradores correspondientes al domicilio de las sociedades que se extinguen declarando la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión pretendida. Idéntica nota extenderá el Registrador al margen del último asiento de la sociedad correspondiente, con referencia a la escritura que la motiva, y dicha nota marginal implicará el cierre provisional de la hoja de la sociedad durante el plazo de seis meses”, precisa el artículo 3 de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.

En cuanto a los efectos derivados de la constitución con inscripción de una Sociedad Anónima Europea mediante fusión, hay que diferenciar entre la constitución de una Sociedad Anónima Europea mediante absorción de otra (s) sociedad(es) anónima(s),

incluso siendo alguna(s) sociedad(es) anónima(s) europea(s), y el supuesto de constitución de una Sociedad Anónima Europea mediante la fusión con otra(s) sociedad(es) anónima(s), mediante la constitución de una nueva sociedad, que adoptará la forma en todo caso la Sociedad Anónima Europea.

- (i) Si se trata de una fusión por absorción, la sociedad absorbente se transformara simultáneamente en Sociedad Anónima Europea, que es el supuesto canónico y polémico cuando la sociedad absorbente ya fuera una Sociedad Anónima Europea²⁶³³. En ese supuesto producirán “ipso iure y simultáneamente los siguientes efectos”: a) *la transmisión universal a la sociedad absorbente de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de cada sociedad absorbida*; b) *los accionistas de la sociedad absorbida se convertirán en accionistas de la sociedad absorbente*; c) *la sociedad absorbida dejará de existir*; d) *la sociedad absorbente se convertirá en Sociedad Anónima Europea; si no lo fuera ya y se admitiera el supuesto no canónico de constitución de una Sociedad Anónima Europea por absorción*; e) *se produce la “sucesión de empresa”*²⁶³⁴, de tal manera que los derechos y obligaciones de las sociedades participantes en materia de términos y condiciones de empleo derivados de la legislación y prácticas nacionales, de los contratos de trabajo individuales o de las relaciones laborales existentes en la fecha del registro, se transferirán, en razón de dicho registro, a la Sociedad Anónima Europea en el momento de su registro.
- (ii) Si se trata de la constitución de una Sociedad Anónima Europea, mediante fusión por constitución de una nueva sociedad, con la forma de Sociedad Anónima Europea, se producirán “ipso iure y simultáneamente los siguientes efectos:” a) *la transmisión universal a la nueva Sociedad Anónima Europea de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de las sociedades que se fusionen*; b) *los accionistas de las sociedades que se fusionen se convertirán en accionistas de la nueva Sociedad Anónima Europea*; c) *las sociedades que se fusionen dejarán de existir*; d) *acontece el fenómeno sucesorio laboral o “sucesión de empresa”*²⁶³⁵, conforme al cual los derechos y obligaciones de las sociedades participantes en materia de términos y condiciones de empleo derivados de la legislación y prácticas nacionales, de los contratos de trabajo individuales o de las relaciones laborales existentes en la fecha del registro, se transferirán, en razón de dicho registro, a la Sociedad Anónima Europea en el momento de su registro.

Además y en ambos tipos de fusión cuando la legislación de un Estado miembro imponga en la fusión de sociedades anónimas trámites especiales para que la transmisión de determinados bienes, derechos y obligaciones aportados por las sociedades que se fusionen sea oponible a terceros, dichos trámites se aplicarán y serán efectuados bien por las sociedades que se fusionen, bien por la Sociedad Anónima Europea a partir del día en que tenga lugar su inscripción.

La “simplificación de formalidades” también es predicable de la constitución mediante fusión de una Sociedad Anónima Europea²⁶³⁶. Efectivamente: (a) Cuando una sociedad que posea todas las acciones y demás títulos que confieran derecho de voto en la junta general de otra sociedad realice una fusión por absorción para la constitución de una sociedad Anónima Europea, el proyecto de fusión no contendrá: (i) la relación de canje de las acciones y, en su caso, el importe de la compensación; (ii) las formas de entrega de las acciones de la Sociedad Anónima Europea; (iii) la fecha a partir de la cual estas acciones darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho. Tampoco el informe de peritos, ni, con toda evidencia, los accionistas de la sociedad absorbida se convertirán en accionistas de la sociedad absorbente, Sin embargo, sí se aplicarán las disposiciones nacionales aplicables a cada una de las sociedades que se fusionen y que regulen las fusiones de sociedades anónimas para el supuesto considerado; (b) Cuando una sociedad que posea el 90 % o más, pero no la totalidad de las acciones o de otros títulos que confieran derecho de voto en la junta general de otra sociedad, lleve a cabo una fusión por absorción, sólo se requerirán informes a cargo del órgano directivo o administrativo, informes de uno o más peritos independientes, así como los documentos necesarios para el control en la medida en que lo exija la legislación nacional aplicable a la sociedad absorbente o la legislación nacional aplicable a la sociedad absorbida. Exención aplicable incluso, si no lo exigiese la legislación nacional. Sin embargo, en principio, “*nunca se podía prescindir del acuerdo de la junta de la sociedad absorbente al estar implicado un cambio de forma en SE*”²⁶³⁷.

La implicación de los trabajadores merece una referencia concreta, al constituir un elemento característico y definitorio “social” de la Sociedad Anónima Europea²⁶³⁸. Tanto es así que en el artículo 94.1.11º del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, se establece lo siguiente: “En la hoja abierta a cada sociedad se inscribirán obligatoriamente: (...) Los acuerdos de implicación de los trabajadores en una sociedad anónima europea, así como sus modificaciones posteriores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 de este Reglamento”, y en el artículo 114.3 del mismo Reglamento: “*En todo caso, en la inscripción se hará constar, además de las circunstancias mencionadas en los apartados precedentes, la existencia de un acuerdo de implicación de los trabajadores conforme a la legislación aplicable, a cuyo efecto se acompañará a la escritura certificación comprensiva de su contenido, expedida por la autoridad laboral competente encargada del Registro a que se refiere el artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores. De no existir ese acuerdo, la escritura pública deberá contener la manifestación de los otorgantes, que se hará constar en la inscripción, de que la comisión negociadora ha decidido no iniciar las negociaciones para celebrarlo o dar por terminadas las que se hubiesen iniciado o, en su caso, de que ha transcurrido el plazo legalmente establecido para llegar a un acuerdo sin lograrlo. De existir un acuerdo de implicación de los trabajadores que atribuya a éstos una participación en el nombramiento de los miembros del órgano de administración o control de la sociedad, la parte del acuerdo relativa a tal extremo será inscribible en el Registro Mercantil a solicitud de la sociedad o de los representantes de los trabajadores. En los mismos términos será inscribible la aplicación de las disposiciones de referencia supletorias a tales nombramientos*”.

El régimen de aquella implicación según indica el artículo 1.4 del Reglamento 2157/2001, se establece en la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, a la que habrá de añadirse, por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Aquella norma europea ha optado por no establecer un modelo único de implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima Europea, dada *“la gran diversidad de normas y de prácticas existentes en los Estados miembros respecto de la forma en que los representantes de los trabajadores están implicados en las decisiones de las empresas”*²⁶³⁹

Establece el artículo 3 de la Directiva 2001/86 que cuando los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes establezcan el proyecto de constitución de una Sociedad Anónima Europea, iniciarán lo antes posible, una vez publicado el proyecto de fusión, las gestiones necesarias, incluida la comunicación de las informaciones relativas a la identidad de las sociedades participantes, filiales o establecimientos afectados, así como el número de sus trabajadores, para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea. Sobre la base de la iniciativa y de las informaciones facilitadas por los órganos competentes de las sociedades participantes, se procederá a la constitución de una comisión negociadora representativa de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados, cuyos miembros serán elegidos o designados de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, indica el artículo 6.1 de la Ley 31/2006. De tal manera que a los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes en el proceso de constitución de una sociedad anónima europea, se le atribuye legalmente la *“responsabilidad de establecer las condiciones y medios necesarios”* para la negociación de los derechos de implicación con los representantes de los trabajadores²⁶⁴⁰.

El procedimiento de negociación para la determinación de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea se iniciará a partir del momento en que los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes hayan establecido el proyecto de constitución de la Sociedad Anónima Europea, dice el artículo 5 de la Ley 31/2006. Para ello, *“a tal fin”*²⁶⁴¹, habrá de constituirse *“una comisión negociadora representativa de los trabajadores de las sociedades participantes y sus filiales o establecimientos interesados”*, que constituye una *“pieza esencial en la implantación de los derechos de implicación de los trabajadores”*²⁶⁴². Una vez constituida la comisión negociadora, los órganos competentes de las sociedades participantes convocarán a esta a una primera reunión de negociación para la celebración del acuerdo a las direcciones de sus centros de trabajo y empresas filiales en los Estados miembros, informando del inicio de la negociación a todas las organizaciones sindicales que, en cada Estado miembro, hayan participado en su elección o designación, pudiendo esa reunión coincidir en fecha con la constitución de la comisión negociadora, indica el artículo 6 de la Ley 31/2006. La

“comisión negociadora”, cuya función “no es otra que negociar con los órganos competentes de las sociedades participantes, con aquellos que tienen la responsabilidad del procedimiento de negociación, el contenido de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE”²⁶⁴³, se constituirá con arreglo a los siguientes requisitos²⁶⁴⁴:

- (i) Al elegir o designar los miembros de la comisión negociadora, se deberá garantizar: (a) que sus miembros sean elegidos o designados en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados, a razón en cada Estado miembro de un puesto por cada 10 % o fracción del total de trabajadores empleados por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados en el conjunto de los Estados miembros; (b) que en el caso de las SE constituidas mediante fusión, se incorporen otros miembros adicionales en representación de cada Estado miembro en la medida necesaria para garantizar que la comisión negociadora incluye al menos un miembro representante de cada una de las sociedades participantes que están registradas y emplean trabajadores en dicho Estado miembro y que vaya, según el proyecto, a dejar de existir, como entidad jurídica diferenciada tras la inscripción de la SE siempre que: - el número de estos miembros adicionales no sea superior al 20% del número de miembros designados de conformidad con el inciso i); y - la composición de la comisión negociadora no dé lugar a una doble representación de los trabajadores en cuestión. Si el número de estas sociedades excede del número de puestos adicionales disponibles con arreglo al primer inciso, estos puestos adicionales se asignarán a sociedades de diferentes Estados miembros por orden decreciente del número de trabajadores que empleen.
- (ii) Los Estados miembros determinarán la forma de elegir o designar los miembros de la comisión negociadora que hayan de ser elegidos o designados en su territorio, adoptando las medidas necesarias para lograr que, en lo posible, entre dichos miembros figure al menos un representante de cada una de las sociedades participantes que emplee a trabajadores en el Estado miembro afectado. Estas medidas no deberán suponer un aumento del número total de miembros., pudiendo preverse que entre dichos miembros figuren representantes sindicales, sean o no trabajadores de una empresa participante o de una filial o establecimiento interesado. En todo caso, sin perjuicio de las legislaciones o prácticas nacionales por las que se fijen umbrales para el establecimiento de un órgano de representación de los trabajadores, los Estados miembros deberán prever que los trabajadores de las empresas o establecimientos en los que no existan representantes de los trabajadores por motivos ajenos a su voluntad, tengan derecho a elegir o designar a miembros de la comisión negociadora.

Corresponde a la comisión negociadora y a los órganos competentes de las sociedades participantes fijar, mediante acuerdo escrito, las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea²⁶⁴⁵. A tal fin, el órgano competente de las sociedades participantes informará a la comisión negociadora del proyecto y del desarrollo del proceso real de constitución de la Sociedad Anónima Europea, hasta la inscripción de la misma. La comisión negociadora decidirá por mayoría absoluta de sus miembros, siempre que dicha mayoría represente igualmente a una mayoría absoluta de los trabajadores, disponiendo cada miembro de la comisión de un voto. No obstante, cuando el resultado de las negociaciones pueda determinar una reducción de los derechos de participación²⁶⁴⁶, la mayoría necesaria para tomar tal acuerdo será la de los dos tercios de los miembros de la comisión negociadora, que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de los miembros que representen a trabajadores contratados en, al menos, dos Estados miembros, si la Sociedad Anónima Europea, constituida mediante la fusión, afecta al menos al 25 % del número total de trabajadores de las sociedades participantes²⁶⁴⁷.

La comisión negociadora podrá solicitar estar asistida por expertos de su elección, sindicales o no, para el desarrollo de aquellas negociaciones, los cuales podrán estar presentes, como asesores, durante las reuniones de negociación, cuando así lo solicite la comisión negociadora, la cual podrá decidir informar a los representantes de las organizaciones externas pertinentes, incluidos los sindicatos, acerca del inicio de las negociaciones. La comisión negociadora podrá decidir, por mayoría de los dos tercios de los miembros que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de al menos dos Estados miembros, no iniciar negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad Anónima Europea tenga trabajadores. Dicha decisión pondrá fin al procedimiento destinado a la adopción del “acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”. La comisión negociadora volverá a ser convocada cuando así lo soliciten, por escrito, el 10 % por lo menos de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea, de sus filiales y establecimientos o de sus representantes, siempre que hayan transcurrido al menos dos años desde la fecha de la decisión de poner término al procedimiento de constitución de la comisión negociadora, salvo que las partes acuerden reiniciar las negociaciones con anterioridad.

Los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora deberán negociar con espíritu de colaboración para llegar a un acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea. Las negociaciones se iniciarán tan pronto como se haya constituido la comisión negociadora, y podrán proseguir durante los seis meses siguientes, pero las partes podrán decidir de común acuerdo prolongar las negociaciones más allá de ese período, hasta un máximo de un año, a contar desde la constitución de la comisión negociadora²⁶⁴⁸. El acuerdo al que eventualmente pueda llegarse, establecerá: a) su ámbito de aplicación; b) la composición, el número de

miembros y la distribución de los puestos del órgano de representación que será el interlocutor del órgano competente de la Sociedad Anónima Europea en el marco de las disposiciones relativas a la información y consulta de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea y de sus filiales y establecimientos; c) las atribuciones y el procedimiento previsto de información y consulta al órgano de representación; d) la frecuencia de las reuniones del órgano de representación; e) los recursos financieros y materiales que se asignarán al órgano de representación; f) en caso de que, durante las negociaciones, las partes decidan establecer uno o más procedimientos de información y de consulta en lugar de establecer un órgano de representación, las modalidades de aplicación de tales procedimientos; g) en caso de que, durante las negociaciones, las partes decidan establecer normas de participación, los aspectos sustanciales de dichas normas, incluido, en su caso, el número de miembros del órgano de administración o de control de la Sociedad Anónima Europea, que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a su designación, los procedimientos a seguir por los trabajadores para elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de tales miembros, así como sus derechos, y, h) la fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración, los casos en los que el acuerdo deberá renegociarse y el procedimiento para su renegociación²⁶⁴⁹. El acuerdo alcanzado, según indica el artículo 12 de la Ley 31/2006, “obliga a todos los centros de trabajo de la SE y de sus filiales incluidos dentro de su ámbito de aplicación, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia”, debiendo formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad. Habrá de presentarse ante la autoridad laboral competente, para su registro, depósito y publicación oficial.

Se establecen en el Capítulo II del título I de la Ley 31/2006, determinadas “disposiciones subsidiarias”, de notable complejidad, en materia de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónima Europeas, que serán de aplicación, a partir de la fecha de su inscripción, en los siguientes casos: a) Cuando las partes así lo decidan. b) Cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo establecido en el artículo 10, siempre que la comisión negociadora no haya adoptado no iniciar las negociaciones con los órganos competentes de las sociedades participantes para la celebración del acuerdo o dar por terminadas las negociaciones en curso y someterse a las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE emplee a trabajadores, y los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes decidan aceptar la aplicación de las disposiciones subsidiarias, continuando con el proceso de registro de la Sociedad Anónima Europea²⁶⁵⁰.

De entre ellas resulta especialmente relevante que, en aquellos casos, se previene la creación de un órgano de representación de los trabajadores con determinadas competencias, composición y régimen de funcionamiento²⁶⁵¹. Para la constitución de ese órgano de representación de los trabajadores, el órgano competente de la Sociedad anónima Europeas habrá de dirigirse a los de sus centros de trabajo y empresas filiales en los Estados miembros, para que estos pongan en marcha, de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, el procedimiento de elección o designación de los

miembros del órgano. Transcurridos cuatro años desde la constitución de aquel órgano de representación conforme a las disposiciones subsidiarias, el órgano deberá decidir si desea entablar negociaciones para la conclusión del “acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”: Las negociaciones que, en su caso, se desarrollen se desarrollarán normalmente, asumiendo el propio órgano de representación las funciones que en él se otorgan a la comisión negociadora. Durante el transcurso de las negociaciones y hasta su conclusión el órgano de representación continuará desarrollando sus funciones. De no adoptarse la decisión de iniciar negociaciones, continuarán siendo de aplicación durante otro período de cuatro años las disposiciones subsidiarias. Lo mismo ocurrirá cuando, transcurrido el plazo en el cual las negociaciones deben terminar, no se haya llegado a un acuerdo. No obstante el órgano de representación de los trabajadores y el órgano competente de la SE podrán decidir de común acuerdo, en cualquier momento, la apertura de negociaciones.

Ese órgano de representación de los trabajadores estará compuesto por trabajadores de la Sociedad Anónima Europea y de sus centros de trabajo y empresas filiales, elegidos o designados por y entre los representantes de los trabajadores o, en su defecto, por el conjunto de los trabajadores, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales. Serán elegidos o designados en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por la Sociedad Anónima Europea, y sus centros de trabajo y empresas filiales, a razón en cada Estado miembro de un puesto por cada 10 por ciento o fracción del total de trabajadores empleados por la SE y. El órgano de representación de los trabajadores de la SE tendrá derecho a ser informado y consultado sobre aquellas cuestiones que afecten a la SE en sí misma y a cualquiera de sus centros de trabajo y empresas filiales situados en otros Estados miembros o que excedan de la competencia de los órganos de decisión en un solo Estado miembro.

El órgano de representación, en esos supuestos de aplicación normativa subsidiaria, tendrá derecho a mantener al menos una reunión anual con el órgano competente de la Sociedad Anónima Europea, con finalidades informativas y de consultas, sobre la base de informes periódicos elaborados por el órgano competente en relación con la evolución y las perspectivas de las actividades de la Sociedad Anónima Europea, para ello el órgano competente de la Sociedad Anónima europea deberá proporcionar también al órgano de representación el orden del día de las reuniones del órgano de administración o, cuando proceda, del órgano de dirección y control, así como copia de todos los documentos presentados a la junta general de accionistas. La convocatoria, en unión de la documentación correspondiente, deberá ser remitida por el órgano competente de la SE al órgano de representación con una antelación mínima de un mes. Sin perjuicio de otras cuestiones que puedan plantearse, en la reunión anual se analizarán aquellas relacionadas con la estructura de la empresa, su situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas, la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de producción, los traslados de producción, las fusiones, la

reducción del tamaño o el cierre de empresas, centros de trabajo o partes importantes de estos y los despidos colectivos.

En esos supuestos, aquel órgano de representación de los trabajadores deberá ser informado con la debida antelación de aquellas circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores, especialmente en los casos de traslado, venta o cierre de centros de trabajo o de empresas, o de despidos colectivos. Además, tendrán derecho a reunirse, a petición propia, con el órgano competente de la Sociedad Anónima Europea, o con cualquier otro nivel de dirección de aquella sociedad más adecuado y con competencia para adoptar decisiones propias, para recibir la citada información y ser consultado sobre ella. Reunión o reuniones que serán, en su caso, adicionales a la reunión anual antes citada, salvo que, en función de los plazos existentes, puedan incorporarse al contenido de la citada reunión sin poner en peligro la efectividad de la consulta. Semejantes reuniones de información y consulta se efectuarán con la antelación necesaria para que el criterio del órgano de representación pueda ser tenido en cuenta a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones, sobre la base de un informe elaborado por el órgano competente o por cualquier otro nivel de dirección adecuado de la Sociedad Anónima Europea. Cuando el órgano competente decida no seguir la opinión o el criterio manifestado por el órgano de representación, este último tendrá derecho a reunirse nuevamente con el órgano competente de la Sociedad Anónima Europea para intentar llegar a un acuerdo. El órgano competente de la Sociedad Anónima Europea habrá de informar a las direcciones de sus centros de trabajo o empresas filiales en los Estados miembros de la convocatoria de las reuniones que vaya a mantener con el órgano de representación, indican los artículos 15,16 y 17 de la Ley 31/2006.

Se previene en la normativa aplicable subsidiariamente, que los miembros de la comisión negociadora y del órgano de representación y los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta que sean trabajadores de la Sociedad Anónima Europea, de sus centros de trabajo y empresas filiales o de una sociedad participante gozan, en el ejercicio de sus funciones, de la misma protección y garantías previstas para los representantes de los trabajadores en el nivel nacional en el país en que prestan sus servicios, de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones o prácticas nacionales. Esta misma protección y garantías tienen, en el ejercicio de sus funciones, los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de control o administración de la Sociedad anónima Europea. La comisión negociadora, el órgano de representación de los trabajadores y los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta gozan de capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos que les reconoce esta ley o que se deriven del acuerdo de negociación, y podrán ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias²⁶⁵², por decisión mayoritaria de sus miembros, precisan los artículos 23 y 24 de la Ley 31/2006. Además cuando la operación de constitución de la Sociedad Anónima Europea hubiera sido intencionadamente configurada con el propósito de privar a los trabajadores de sus

derechos de implicación o de perjudicarlos, o con posterioridad a su registro se hubieran producido cambios sustanciales en el seno de esta o de sus empresas filiales con este mismo propósito, y así se declare por sentencia judicial, deberá procederse a una nueva negociación, establece el artículo 26 de la Ley 31/2006.

Finalmente y como aplicación subsidiaria, dispone el artículo 20 de la Ley 31/2006, en materia de participación de los trabajadores, que cuando en la Sociedad Anónima Europea deba establecerse un sistema de participación de los trabajadores, los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea y de sus centros de trabajo y empresas filiales, o sus órganos de representación, tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la Sociedad Anónima Europea igual a la mayor de las proporciones vigentes antes de la inscripción de la SE en las sociedades participantes. Si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por normas de participación antes de la inscripción de la SE, esta no estará obligada a establecer ninguna disposición en esta materia, salvo acuerdo en contrario. El órgano de representación de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea decidirá sobre el reparto de los puestos que correspondan a los trabajadores en el órgano de administración o de control entre los representantes de los trabajadores de los diferentes Estados miembros, en función de la proporción de trabajadores empleados por la SE en cada uno de ellos. Del mismo modo se decidirá, en su caso, sobre la forma en que los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea pueden recomendar el nombramiento de miembros de estos órganos u oponerse a él.

Asimismo cuando la aplicación de este criterio proporcional determine que los trabajadores de uno o más Estados miembros no vayan a quedar cubiertos por él, mientras que los de otro u otros Estados miembros vayan a contar con más de un representante, el órgano de representación deberá proceder a una redistribución de los puestos existentes y atribuir uno de dichos puestos a uno de los Estados miembros inicialmente no representados, en particular al Estado miembro en el que se encuentre situada la sede de la Sociedad Anónima Europea, si este no estaba ya representado, o en caso contrario, a aquel que emplee al mayor número de trabajadores dentro de los inicialmente no representados. Este miembro se detraerá del número adjudicado al Estado miembro que hubiera obtenido más representantes o, en caso de ser varios con idéntico número de representantes, al que de ellos ocupe el menor número de trabajadores. La elección o designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o de control se realizará en la forma que determine el órgano de representación de los trabajadores, respetando, en su caso, lo que al respecto pudiera haberse establecido en la legislación nacional del Estado miembro correspondiente a cada uno de dichos representantes. Finalmente, todo miembro del órgano de administración o, en su caso, del órgano de control de la SE que haya sido elegido, designado o recomendado por el órgano de representación o, según los casos, por los propios trabajadores será miembro de pleno derecho del órgano correspondiente, con los mismos derechos y obligaciones que los miembros que representen a los accionistas, incluido el derecho de voto.

Se establecen en el Título II, de la ley 31/2006, disposiciones que serán de aplicación exclusivamente a los centros de trabajo situados en España de las sociedades europeas y de sus empresas filiales o, en su caso, de las sociedades participantes en la constitución de la SE, con domicilio social en cualquier Estado miembro, en lo relativo a las remisiones a las legislaciones y prácticas nacionales contenidas en esta Ley y en las disposiciones de los Estados miembros por las que se da cumplimiento a la Directiva 2001/86.

Según el artículo 28 de la Ley 3/2006, la condición de representantes de los trabajadores corresponde a las representaciones sindicales, a los comités de empresa y a los delegados de personal, en los términos que respectivamente les reconocen la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Consecuentemente la designación de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora y en el órgano de representación, serán designados por acuerdo de aquellas representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal, en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados. En todo caso, esta designación deberá hacerse de forma proporcional a la representación obtenida por cada sindicato en las elecciones a representantes de los trabajadores en el conjunto de los centros de trabajo, y del mismo modo se procederá para la sustitución de los representantes designados en los supuestos de dimisión y revocación y en el de pérdida de la condición de representante nacional de los trabajadores, según precisa el artículo 29 de la Ley 31/2006.

Asimismo, en el caso de la comisión negociadora, la designación deberá recaer en un delegado de personal, miembro del comité de empresa o trabajador de cualquiera de las sociedades participantes y de sus centros de trabajo y empresas filiales afectados o en un representante sindical miembro de una organización sindical más representativa en el nivel estatal o representativa en el ámbito de las sociedades participantes y, en el caso del órgano de representación, la designación deberá recaer en un trabajador de la SE o de sus centros de trabajo o empresas filiales que tenga la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical. Cuando en representación de los trabajadores empleados en España deba designarse a más de un miembro de la comisión negociadora, se deberá procurar que, en la medida de lo posible y según lo permita el número de miembros que haya que designar, entre dichos miembros figure al menos un representante de cada una de las sociedades participantes que empleen a trabajadores en España. En la designación de los representantes adicionales que, en su caso, hubieran de incorporarse a la comisión negociadora, el proceso se referirá exclusivamente al ámbito de la sociedad participante que vaya a desaparecer como entidad jurídica diferenciada tras la inscripción de la Sociedad Anónima Europea. Los mismos criterios se aplicarán al procedimiento de designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o de control de la Sociedad Anónima Europea cuando, en virtud de lo

dispuesto en la legislación que resulte de aplicación, corresponda a cada Estado miembro determinar la forma de elección o designación de los miembros que le correspondan.

En todo caso, se entenderá que los trabajadores empleados en España por una sociedad participante están representados en la comisión negociadora cuando forme parte de ella un trabajador de dicha sociedad designado en España. En el caso de que entre los representantes designados en España figure un representante sindical que no sea trabajador de ninguna de las sociedades participantes, tendrá la representatividad que le atribuya el acta de designación; en el caso de no constar, se presumirá que todos los trabajadores empleados en España por las sociedades participantes están representados en la comisión negociadora a través de dicho representante sindical.

Los representantes de los trabajadores que sean miembros de la comisión negociadora y del órgano de representación o que participen en los procedimientos de información y consulta y los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de administración o de control de la Sociedad Anónima Europea, gozan en el ejercicio de sus funciones de la protección y de las garantías establecidas en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, salvo en lo relativo al crédito horario previsto en su artículo 68.e), en que se estará a lo dispuesto en los apartados siguientes y, en su caso, en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, establece el artículo 31.1 de la Ley 31/2006²⁶⁵³. Este derecho, precisa aquel precepto, se reconocerá a los miembros del órgano de representación constituido mediante acuerdo en defecto de disposiciones específicas contenidas en él²⁶⁵⁴.

Sobre la eficacia en España de las disposiciones de otros Estados miembros, determina el artículo 32 de la Ley 31/2006, que los acuerdos entre la comisión negociadora y el órgano competente de las sociedades participantes concluidos conforme a las disposiciones de los Estados miembros y, en su defecto, las normas subsidiarias de las citadas disposiciones obligan a todos los centros de trabajo de la Sociedad Anónima Europea y de sus empresas filiales incluidos dentro de su ámbito de aplicación y situados en territorio español, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia. No obstante, la validez y eficacia de dichos acuerdos en ningún caso podrán menoscabar ni alterar las competencias de negociación, información y consulta que la legislación española otorga a los comités de empresa, delegados de personal y organizaciones sindicales, así como a cualquier otra instancia representativa creada por la negociación colectiva.

Se establecen disposiciones específicas, en el Capítulo I, del Título IV de la Ley 31/2006, de participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza intracomunitaria que tenga o vaya a tener su domicilio en España, así como su implicación en la definición de los derechos correspondientes, para cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que al menos una de las sociedades que se fusionan emplee, durante el período de seis meses que precede a la publicación del

proyecto común de fusión, un número medio de trabajadores superior a 500 y esté gestionada en régimen de participación de los trabajadores; b) Que en el caso de existir participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza aquella no alcance al menos el mismo nivel de participación de los trabajadores que el aplicado a las sociedades participantes en la fusión, medido en función de la proporción de miembros que representan a los trabajadores en el órgano de administración o control, o sus comités, o en el órgano directivo competente dentro de las sociedades para decidir el reparto de los beneficios; c) Que, en el caso de existir participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión, los trabajadores de los establecimientos de tal sociedad situados en otros Estados miembros ejerzan unos derechos de participación inferiores a los derechos de participación que ejercen los trabajadores empleados en España.

En esos supuestos, determina el artículo 40 de la Ley 31/2006, los órganos competentes de las sociedades que participen en la fusión tendrán derecho a optar, sin negociación previa, por estar directamente sujetas a las disposiciones subsidiarias, o por respetar dichas disposiciones a partir de la fecha de registro de la sociedad resultante de la fusión. La comisión negociadora no podrá decidir entre no iniciar las negociaciones con los órganos competentes de las sociedades participantes para la celebración del acuerdo o dar por terminadas las negociaciones en curso y someterse a las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE emplee a trabajadores. No obstante, la comisión negociadora tendrá derecho a decidir, por mayoría de dos tercios de sus miembros que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de los miembros que representen a los trabajadores en, al menos, dos Estados miembros diferentes, no iniciar negociaciones o poner fin a las negociaciones ya entabladas, y basarse en las normas de participación vigentes en la legislación laboral española.

Asimismo en el caso de que en alguna de las sociedades que se fusionan se aplicara un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control que afectasen, al menos, a un 25 por 100 del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes, cuando el resultado de las negociaciones pueda determinar una reducción de los derechos de participación de los trabajadores existentes en las sociedades participantes²⁶⁵⁵, la mayoría necesaria para tomar tal acuerdo será la de dos tercios de los miembros de la comisión negociadora, que representen a su vez, al menos, a dos tercios de los trabajadores e incluyan los votos de miembros que representen a trabajadores de, al menos, dos Estados miembros.

En los puestos a los que nos venimos refiriendo, el artículo 40 de la Ley 31/2006, determina el contenido del acuerdo deberá incluir: a) La identificación de las partes que lo conciertan; b) El ámbito de aplicación del acuerdo, c) Los elementos esenciales de las normas de participación, incluida, en su caso, la determinación del número de miembros del órgano de administración de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar o recomendar o a cuya designación tendrán derecho a oponerse, de los procedimientos a seguir para ello y de sus derechos, d) La fecha

de entrada en vigor del acuerdo, su duración y las condiciones de su denuncia, prórroga y renegociación.

Las disposiciones subsidiarias previstas en el artículo 20 en materia de participación de los trabajadores, antes citadas serán de aplicación a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza intracomunitaria, a partir de la fecha de su constitución, en los siguientes casos²⁶⁵⁶: a) Cuando las partes así lo decidan; b) Cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo de seis meses o, en su caso, durante el periodo de prórroga de este plazo, en los términos previstos en el artículo 10, y siempre que la comisión negociadora no haya adoptado la decisión de no iniciar negociaciones o poner fin a las negociaciones ya entabladas y basarse en las normas de participación vigentes en la legislación laboral española, y los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes decidan aceptar la aplicación de las disposiciones subsidiarias. Si decidieran no aceptar la aplicación de dichas disposiciones, no podrá continuarse con el proceso de fusión. Se aplicara con anterioridad a la inscripción de la sociedad resultante de la fusión en alguna de las sociedades participantes un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control que afectase al 33,3 por 100, al menos, del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes, o bien a un número inferior, si la comisión negociadora así lo decide, tomándose en consideración todos aquellos sistemas de participación previos que respondan a la influencia del órgano de representación de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante el derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad; o el derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control. Si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por uno de tales sistemas de participación antes de la inscripción de la fusión, la sociedad resultante de la fusión no estará obligada a establecer disposiciones en materia de participación de los trabajadores.

Cuando en el seno de las diferentes sociedades partícipes de la constitución de una Sociedad Anónima Europea, en la fusión intracomunitaria hubiesen existido diferentes sistemas de participación de los trabajadores, corresponde a la comisión negociadora decidir cuál de dichos sistemas deberá aplicarse en la sociedad. La comisión negociadora deberá informar al órgano competente de las sociedades participantes sobre la decisión adoptada a este respecto. Si en la fecha de inscripción de la sociedad la comisión negociadora no ha informado al órgano competente de las sociedades participantes sobre la existencia de una decisión adoptada conforme a lo señalado en el párrafo anterior, se aplicará a la sociedad resultante de la fusión el sistema de participación que hubiera afectado con anterioridad al mayor número de trabajadores de las sociedades participantes.

Respecto a los centros de trabajo situados en España de las Sociedades Anónimas Europeas resultantes de fusiones transfronterizas intracomunitarias, la implicación y representación de los trabajadores se regulan en el Capítulo II del Título IV de la Ley 31/3006, previniéndose en el artículo 45, que los acuerdos entre la comisión negociadora y

el órgano competente de las sociedades participantes concluidos conforme a las disposiciones de los Estados miembros y, en su defecto, las normas subsidiarias de las citadas disposiciones obligan a todos los centros de trabajo de la sociedad resultante de la fusión incluidos dentro de su ámbito de aplicación y situados en territorio español, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia, y que no obstante, la validez y eficacia de dichos acuerdos en ningún caso podrán menoscabar ni alterar las competencias de negociación, información y consulta que la legislación española otorga a los comités de empresa, delegados de personal y organizaciones sindicales, así como a cualquier otra instancia representativa creada por la negociación colectiva

11.18 La nulidad de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Indica la directiva 2005/56, que “*en beneficio de la seguridad jurídica, debe estar prohibida la declaración de la nulidad de una fusión transfronteriza después de la fecha de efectividad de la misma*”²⁶⁵⁷. Consecuentemente establece, en su artículo 17, que “*no podrá declararse la nulidad de una fusión transfronteriza que se realice de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12*”. A su vez éste último precepto se limita a indicar que es “*la legislación del Estado miembro a la que esté sujeta la sociedad resultante de la fusión transfronteriza*” la que ha de determinar “*la fecha de efectividad de la fusión transfronteriza*”, lo que viene dado por la inscripción registral o el archivo del documento de fusión, en el momento oportuno.

Con más precisión, establece el artículo 22 de la Directiva 2011/35, que “las legislaciones de los Estados miembros solo podrán organizar el régimen de nulidad de la fusión en las siguientes condiciones: (i) la nulidad deberá ser declarada por una resolución judicial; (ii) la nulidad de una fusión que hubiera surtido efectos en el sentido del artículo 17 no podrá declararse si no es por defecto, bien sea de control preventivo judicial o administrativo de legalidad, o bien de acta autenticada, o bien si se estableciese que la decisión de la junta general era nula o anulable en virtud del Derecho nacional; (iii) no podrá intentarse la acción de nulidad después de la expiración de un plazo de seis meses a partir de la fecha en la que la fusión fuera oponible al que invoque la nulidad, o bien si la situación hubiera sido regularizada; (iv) cuando sea posible remediar la irregularidad susceptible de ocasionar la nulidad de la fusión, el tribunal competente concederá a las sociedades interesadas un plazo para regularizar la situación; (v) la resolución que declare la nulidad de la fusión será objeto de una publicidad efectuada según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE; (vi) la oposición de terceros, cuando esté prevista por la legislación de un Estado miembro, no será admisible después de la expiración de un plazo de seis meses a partir de la publicidad de la resolución efectuada según la Directiva 2009/101/CE; (vii) la resolución que pronuncie la nulidad de la fusión no afectará por sí misma a la validez de las obligaciones nacidas a cargo o en beneficio de la sociedad absorbente, con anterioridad a la resolución y con posterioridad a la fecha en la que surta efecto la fusión; (viii) las

sociedades que hayan participado en la fusión responderán de las obligaciones de la sociedad absorbente mencionada en la letra g).

Añadiendo el precitado artículo 22 de la Directiva 2011/35, que no obstante la exigencia de que sea una resolución jurisdiccional la que declare la nulidad de la fusión, *“la legislación de un Estado miembro podrá también permitir que una autoridad administrativa declare la nulidad de la fusión si cabe recurso contra tal decisión ante una autoridad judicial”*, en cuyo caso el contenido de las “letras b) y d) a h) antes referido se aplicará *“por analogía a la autoridad administrativa”*, y que *“este procedimiento de nulidad no podrá ser iniciado hasta seis meses después de la fecha en la que surta efecto la fusión”*.

Ha de destacarse la precisión que introduce la Directiva 2011/35, en el apartado 3 de su artículo 22, cuando afirma que todo lo anteriormente indicado, *“no obstará a las legislaciones de los Estados miembros relativas a la nulidad de una fusión declarada como consecuencia de un control de esta distinto al control preventivo judicial o administrativo de legalidad”*, lo cual resulta especialmente relevante en materia de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas en cuanto que posibilita injerencias de oportunidad política en las mismas, circunstancia que contradice el punto de partida de la Directiva de Fusiones Transfronterizas, extraordinariamente limitativo, por razones de seguridad jurídica.

Establece el artículo 47.1, “Impugnación de la fusión” de la LME, como criterio fundamental que *“ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley”*, quedando a salvo, dice la ley, *“en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados”*. Cuida aquel precepto legal en sus apartados siguientes del aspecto procesal de cualquier impugnación de la fusión, aplicable desde luego a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, en la medida en que esté sometida a la misma, estableciendo que *“el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses, contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad”*, y que *“la sentencia que declare la nulidad habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, se publicará en su “Boletín Oficial” y no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad surgida de la fusión”* y que *“de tales obligaciones, cuando sean a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad, responderán solidariamente las sociedades que participaron en la fusión”*.

El artículo 12 de la Directiva 2009/101, precisa que la legislación de los Estados miembros solo podrá organizar el régimen de nulidades de sociedades en las condiciones siguientes: (a) la nulidad deberá ser declarada por resolución judicial; (b) la nulidad solo podrá declararse en los casos contemplados en los incisos (i) a (vi): (i) la falta de escritura de constitución o la inobservancia de las formalidades de control preventivo, o bien de la forma pública; (ii) el carácter ilícito o contrario al orden público del objeto de la sociedad; (iii) la ausencia, en la escritura de constitución o en los estatutos, de indicaciones relativas a la denominación de la sociedad, o a las aportaciones, o al importe del capital suscrito, o al objeto social; (iv) la inobservancia de las disposiciones de la legislación nacional relativas al

capital social mínimo desembolsado; (v) la incapacidad de todos los socios fundadores; y (vi) el hecho de que, contrariamente a la legislación nacional que regule la sociedad, el número de socios fundadores sea inferior a dos. Aparte de estos casos de nulidad, las sociedades no estarán sometidas a ninguna causa de inexistencia, de nulidad absoluta, de nulidad relativa o de anulabilidad. La LME, asume ese mandato por remisión a la legislación pertinente, en su artículo 47.4, al precisar que “*si la fusión lo fuere por el procedimiento de creación de una nueva sociedad se estará, además, al régimen de nulidad del tipo societario de que se trate*”, por lo que en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas sujetas a la ley española habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 56 y 57 LSC.

Se afirma que “*la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil, con su función de control preventivo de legalidad (control que se añade en nuestro sistema al realizado por el Notario) podrá explicar (...) ese carácter taxativo de las causas de nulidad*”²⁶⁵⁸. En el sistema de la Directiva 2005/56, esa justificación se comparte, pero se traslada fundamentalmente a un momento anterior a la inscripción. La razón de ello está en que “*para facilitar las operaciones de fusión transfronteriza hay que prever que la autoridad nacional de cada una de las sociedades que se fusionen efectúe el control de la terminación y la legalidad del proceso de toma de decisiones de cada una de estas sociedades, mientras que la autoridad nacional competente para la sociedad resultante de la fusión transfronteriza debe encargarse de efectuar el control de la terminación y la legalidad de la realización de la fusión transfronteriza. Esta autoridad nacional puede ser un tribunal, un notario o cualquier otra autoridad competente designada por el Estado miembro en cuestión*”²⁶⁵⁹.

Efectivamente, el artículo 11 de la Directiva 2005/56, titulado “Control de la legalidad de la fusión transfronteriza”, determina que “*cada Estado miembro designará al tribunal, notario o cualquier otra autoridad competente para controlar la legalidad de la fusión transfronteriza para la parte del procedimiento relativa a la realización de la fusión transfronteriza y, cuando proceda, a la constitución de una nueva sociedad resultante de la fusión transfronteriza cuando esta sociedad resultante de la fusión transfronteriza esté sujeta a su legislación nacional. Esta autoridad controlará en especial que las sociedades que se fusionen hayan aprobado el proyecto común de fusión transfronteriza en los mismos términos y, en su caso, que las disposiciones relativas a la participación de los trabajadores se hayan establecido*”. Por ello y “a tal fin”, cada sociedad que se fusione remitirá a la autoridad nacional competente el “*certificado que demuestre de forma concluyente la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión*”, en el plazo de seis meses a partir de su expedición, así como el proyecto común de fusión transfronteriza aprobado por la junta general, y además la fecha de “efectividad de la fusión”, que establecerá la legislación del Estado miembro a la que esté sujeta la sociedad resultante de la fusión transfronteriza habrá de ser posterior a ese control de legalidad.

El resultado en el sistema europeo, a la postre “*es muy simple: inscrita la fusión en el Registro, en principio, esta deviene inatacable judicialmente y no obstante los vicios o defectos que la aquejan, de fondo o de forma, tanto los relativos a los acuerdos, como los inherentes al procedimiento, cualquier que sea la transcendencia o gravedad de los mismos (...). En definitiva se troca la tutela “real” (acción de impugnación de nulidad) en tutela “obligacional” (resarcitoria o indemnizatoria)*”²⁶⁶⁰.

Pero hay un modelo diferente, que no supone limitar la posibilidad de impugnación de la fusión a partir del momento del archivo al momento de fusión, a semejanza de la inscripción registral, pues “un certificado del secretario de estado entregado con una copia de un documento depositado por el secretario de estado” (“*a certificate from the secretary of state delivered with a copy of a document filed by the secretary of state*”), simplemente “es prueba concluyente de que el documento original ha sido depositado por el secretario de estado” (“*is conclusive evidence that the original document is on file with the secretary of state*”), precisa la sección 1.27, “Efecto Probatorio de la Copia de Documentos Depositados” (“*Evidentiary Effect of Copy of Filed Documents*”), de la MBCA.

La restricción del acceso a la jurisdicción que suponen las limitaciones de la demanda de nulidad de la fusión, no se compadece con la tutela jurisdiccional efectiva, sin que sirva de remedio la posibilidad de impugnación jurisdiccional del acuerdo de fusión no inscrito²⁶⁶¹. “*El derecho de acceder a la justicia no viene otorgado por la ley, sino por la Constitución misma*”²⁶⁶². Esto es, del artículo 24.1 de nuestra Constitución resulta que “*el derecho a acceder a la justicia es un componente medular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el precepto constitucional y que no viene otorgado por la ley, sino que nace de la Constitución misma*”²⁶⁶³. Es doctrina reiterada de la justicia constitucional “*que el primer contenido del derecho a obtener la tutela de Jueces y Tribunales, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas*”²⁶⁶⁴.

La circunstancia de que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su perspectiva de acceso a la jurisdicción, no sea “*un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino que es un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador*”²⁶⁶⁵, únicamente implica que el legislador cuenta “*con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe configurar la actividad judicial y, más concretamente, el proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos*”²⁶⁶⁶. En esta regulación, la ley podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida”²⁶⁶⁷. En principio, pues, “*el derecho reconocido en el art. 24.1 CE podría verse conculcado por aquellas disposiciones legales que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultaran innecesarias, excesivas o carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador*”²⁶⁶⁸, lo que parece que puede ser el caso en las restricciones operadas en el ámbito de las fusiones transfronterizas.

Efectivamente, aquella doctrina de la jurisprudencia constitucional debe “*operar de forma más incisiva en los supuestos, (...) , en que el acceso a la justicia sirve para asegurar el control judicial de la actividad administrativa*”, pues tal y como ha resaltado la misma jurisprudencia constitucional, “*cuando el derecho a la tutela judicial efectiva es instado en defensa de los derechos e*

intereses legítimos de los ciudadanos frente a los actos de la Administración”, como es la inscripción registral de la escritura de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, en el mismo se integra más específicamente el “*derecho de los administrados a que el Juez enjuicie los actos administrativos que les afectan* (art. 24.1 CE), *controlando la legalidad de la actuación administrativa* (art. 106.1 CE), *esto es, su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho* (art. 103.1 CE)”, lo cual “*constituye la culminación del sistema de derechos y garantías característico del Estado de Derecho*”²⁶⁶⁹. Los tribunales controlan “*la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*” (art. 106.1 CE) es la “auténtica cláusula regia del Estado de Derecho”²⁶⁷⁰.

Sin embargo se afirma, en relación con nuestro ordenamiento jurídico, que “por elementales razones de seguridad jurídica, el Derecho protege la estabilidad de la fusión no inscrita admitiendo su “regularización” ex post, ya sea por la vía de la caducidad de la acción de impugnación en un brevísimo plazo, ex art. 47.2 LME, ya por la subsanación de los defectos ex art. 115.3 LSA²⁶⁷¹ o, en fin, como consecuencia de la eficacia sanatoria de la inscripción ex art. 47.1 LME”²⁶⁷². Pero incluso en esa perspectiva el efecto sanatorio de la inscripción registral de la escritura de fusión transfronteriza de sociedades anónimas no puede ser absoluto. Por ello ha de entenderse que, no obstante la inscripción de la fusión, a pesar de lo establecido en la regla general, existen vicios o causas de impugnación que, por no quedar sanados por la publicidad registral de la escritura de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, podrían dar lugar a una demanda y a la sentencia judicial determinante de la nulidad de la fusión inscrita²⁶⁷³. Aquellos vicios o defectos que queden fuera del posible ámbito objetivo del “*certificado que demuestre de forma concluyente la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión*”, deberían poder dar lugar a la impugnación de la fusión ya inscrita y determinar, en su caso, de la nulidad de la misma²⁶⁷⁴.

La MBCA no establece ningún régimen especial para la nulidad de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas por lo que ésta deberá regirse por la normativa general, sin mayor distinción o especialidad. Esta opción legislativa se puede apreciar en las previsiones que destacamos seguidamente.

Como ya se indicó según la sección 1.26, “Recurso al rechazo del Secretario de Estado a Depositar un Documento” de la MBCA, “(a) *Si el secretario de estado rechaza depositar un documento entregado a su oficina para su registro, la corporación nacional o extranjera puede recurrir tal decisión en el plazo de 30 días desde la devolución del documento (...). El recurso será comenzado pidiendo al Tribunal que obligue al depósito del documento y adjuntando a la petición el documento y la explicación del Secretario de Estado para rechazar su depósito. (b) El Tribunal puede sumariamente ordenar al Secretario de Estado depositar el documento o adoptar cualquier otra acción que el Tribunal considere apropiado. (c) La decisión final del Tribunal puede ser apelada como lo es en otros procesos civiles*”.²⁶⁷⁵

Parece que en ese supuesto no se limitaría la competencia del órgano jurisdiccional competente más allá del límite que pueden suponer las razones expuestas por la autoridad administrativa para rechazar el archivo de un documento. En el caso de una fusión transfronteriza nada debería obstar a que el órgano jurisdiccional entrase, entre otras

consecuencias y a raíz de la nulidad de la misma, en la determinación de la disolución de la persona jurídica resultante de la fusión (pues la nulidad actuaría ex post del acto).

Así, la Sección 14.30.a) MBCA señala los principios conforme a los que se puede decretar judicialmente la disolución judicial de la persona jurídica indicando “El [nombre o descripción del Tribunal] puede disolver una corporación: (1) en un procedimiento o por el abogado general si se establece que: (i) la corporación obtuvo sus estatutos sociales mediante fraude; o (ii) la corporación ha venido excediendo o abusando de la autoridad conferida por la ley; (2) en un procedimiento iniciado por un accionista si se establece que: (i) los consejeros están bloqueados en la gestión de los asuntos societarios, los accionistas son incapaces de romper el bloqueo y un daño irreparable amenaza a la corporación o está siendo sufrida por ésta, o los negocios y asunto de la corporación no pueden ser dirigidos en beneficio de los accionistas, en general, como consecuencia del bloqueo; (ii) los consejeros o aquellos que controlan la corporación han actuado, están actuando o actuarán de una manera que es ilegal, opresiva o fraudulenta (...); (3) en un procedimiento iniciado por un acreedor si se establece que: (i) la demanda del acreedor ha sido sentenciada, la ejecución de la sentencia ha devenido insatisfactoria y la corporación es insolvente; o (ii) la corporación ha admitido por escrito que la reclamación del acreedor está vencida y es debida y la corporación es insolvente”²⁶⁷⁶.

En este sentido, el Comentario Oficial a la citada Sección 14.30.(a) indica que “la Sección 14.30.(a) establece las bases para la disolución judicial de corporaciones a requerimiento del estado, un accionista, un acreedor o una corporación que ha comenzado su disolución voluntaria. Esta Sección indica que un Tribunal “puede” ordenar la disolución se existe base para la misma. Por ello, el Tribunal tiene discreción para juzgar si la disolución es apropiada incluso si existieran bases conforme a las circunstancias concretas. (...). Si bien esta facultad ha sido ejercitada raramente en los tiempos recientes, este derecho del estado supone una actuación policial que facilita un medio por el que el estado puede asegurar el cumplimiento con y no abuso de los fundamentos de la existencia de las corporaciones. La Sección 14.30.(a).(1) limita el poder del estado en este sentido a fundamentos que están razonablemente relacionados con este objetivo (...)”²⁶⁷⁷.

Se precisa que, según nuestro ordenamiento, declarada la fusión, no sólo se mantienen los efectos jurídicos obligatorios ya producidos después de inscrita la fusión en el Registro y derivados de las relaciones contraídas con terceros por la sociedad resultante, sino que ni tan siquiera se produce la extinción automática de la fusión con la misma sentencia. No hay que proceder a la inmediata cancelación de la sociedad nuevamente constituida o a cancelar en la absorbente el asiento de fusión con su consiguiente aumento de capital²⁶⁷⁸. Pero sí ha de volverse al *statu quo ex ante*. Efectivamente, según el artículo 47.3 LME, la nulidad declarada, que habrá de inscribirse en el Registro Mercantil” y se “publicará en su “Boletín Oficial”, “no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad surgida de la fusión”, respondiendo de las mismas solidariamente las sociedades que participaron en la fusión, cuando sean a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad. Pero eso no obsta a que la sentencia que declare la nulidad de la sociedad abra “su liquidación”, que “se seguirá por el procedimiento previsto” para los casos de disolución²⁶⁷⁹ y naturalmente a la responsabilidad solidaria de las sociedades participantes

en el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas habrán de sumarse las obligaciones y deudas propias de cada una de ella, pues “*la nulidad no afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por éstos frente a la sociedad*”, bien que “*sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación*”.

¹⁷²² DIÁZ RUÍZ, E., op. cit. (*La fusión de sociedades; en particular, las fusiones transfronterizas*), sobre el procedimiento ordinario de fusión transfronteriza pp. 370-376, y sobre los procedimientos especiales pp. 376-377

¹⁷²³ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 390, indica que “el proceso de fusión, se estructura, legalmente y de forma expresa, diferenciando las diferentes fases por las que el mismo transcurre, partiendo del proyecto de fusión (...), pasando por su sometimiento a la cuerdo de fusión de las sociedades participantes (...), y finalizando con la inscripción de la fusión”; también en op. cit. (*Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas*), p. 36,

¹⁷²⁴ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 423.

¹⁷²⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., “*Derecho Procesal*”, Introducción, tercera edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S. A., Madrid 2004, p. 43.

¹⁷²⁶ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión*), p. 202, que afirma: “La fusión se configura como un procedimiento reglado de naturaleza obligacional y en el que se insertan ordenadamente el juego de competencias de los órganos de las diversas sociedades participantes.- esto significa, de un lado el desplazamiento del modelo clásico del negocio jurídico en lo que se refiere a su proceso de formación, provocando una cierta constricción del ámbito de autonomía de la voluntad de las partes intervinientes. La presencia de la regulación del proceso negocial de la fusión se enmarca así en la conflictiva evolución entre la figura del contrato y la ley en lo que se refiere a una reducción del espacio en el que la autonomía de la voluntad de los sujetos participantes puede desenvolverse. Y de otro lado supone una alteración de la óptica con la que tradicionalmente se contempla el marco de competencias de los órganos societarios desde una visión estrictamente corporativista del juego de las mismas, y que ahora requiere ser observado en el conjunto del funcionamiento de un negocio completamente reglamentado, el de fusión, y no como si sólo se tratase del normal desenvolvimiento de las competencias orgánicas en el estricto marco de una aislada decisión societaria”.

¹⁷²⁷ Afirma MAMBRILLA RIVERA, V., “*Particularidades de la fase preparatoria y decisoria*”, en *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, t. I, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 860, que “la fusión de sociedades constituye un “procedimiento de naturaleza híbrida”, de carácter contractual-corporativo, en el que, en atención al plano en que despliega sus efectos (interno o externo), uno u otro elemento tendrán una presencia más o menos preponderante. Sin embargo, parece que la balanza se inclina a favor del aspecto obligacional o negocial de la fusión que primaría sobre los aspectos societarios o corporativos”.

¹⁷²⁸ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 381 indica que “en cualquiera de sus clases, la fusión se desenvuelve a través de un procedimiento estructurado en las mismas fases, al final del cual se producen sus específicos efectos con la inscripción y el nacimiento de una nueva sociedad, o, en su caso, la de la absorción en el Registro Mercantil, y la posterior cancelación de los asientos registrales de las sociedades extinguidas (...). La diversidad de clases no es, en consecuencia, suficiente para como para quebrar la construcción de un único concepto de fusión cuya esencia viene dada por sus efectos, al igual que es único el procedimiento estructurado n fases, aunque su ejecución final sea diversa en virtud de la clase de fusión en que finaliza”.

¹⁷²⁹ En el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, “no se incluye como elemento esencial de las sociedades de capital la denominada “estructura corporativa”, es decir la existencia imperativa de dos órganos separados -la junta general, regida por el principio de la mayoría para la adopción de los acuerdos (...) y el órgano de administración-, cada uno de ellos con competencias propias. Sin embargo esta estructura corporativa es también otro de los rasgos definidores en esta clase de sociedades. La exigencia de esta dualidad orgánica es imperativa, hasta el punto de que ni siquiera en los casos en que todos los socios fueran administradores d la sociedad puede prescindirse de ella”, indica VAQUERIZO, A., “Artículo 1. Sociedades de capital”, en

Comentario a la Ley de Sociedades de Capital (Á Rojo y E. Beltran, Dirs), t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2011), p. 182.

¹⁷³⁰“Es en este diseño procedimental de la fusión, ordenado por el legislador, como hay que entender el juego de las competencias de los órganos de la sociedad”, precisa SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión*), p. 203; Así en los ACUERDOS A LA JUNTA GENERAL ORDINARIA DE ACCIONISTAS 2015 DE ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, S.A., publicados en la página web de la CNMV, se establece, en su punto sexto, relativo a la modificación de los Estatutos Sociales, la modificación del artículo 23º, sobre convocatoria y quórum de las reuniones del Consejo. Deliberaciones y adopción de acuerdos. Comisiones del Consejo, indicándose en que “Para adoptar acuerdos será preciso el voto favorable de la mayoría absoluta de los Consejeros concurrentes, presentes o representados, a la sesión, (...), y b) cuando se refieren a las siguientes materias, en que será preciso el voto favorable de más de dos tercios de los consejeros, presentes o representados (i) Propuestas (...), fusión”.

¹⁷³¹MAMBRILLA RIVERA, V., op. cit. (*Particularidades de la fase preparatoria y decisoria*), p. 861.

¹⁷³² Por más que puedan establecerse innegables diferencias procedimentales entre ambas normas. En ese sentido indica MAMBRILLA RIVERA, V., op. cit. (*Particularidades de la fase preparatoria y decisoria*), p. 883, que “un estudio comparativo de la fusión transfronteriza como procedimiento de constitución de una SE domiciliada en España y el conjunto dispositivo recogido en la Décima Directiva, pone claramente de manifiesto las importantes diferencias existentes entre ambos procedimientos”.

¹⁷³³ Sección 11.02 Merger: (a) One or more domestic business corporations may merge with one or more domestic or foreign business corporations (...) pursuant to a plan of merger, or two or more foreign business corporations or domestic or foreign eligible entities may merge into a new domestic business corporation to be created in the merger in the manner provided in this chapter. (b) A foreign business corporation, (...), may be a party to a merger with a domestic business corporation, or may be created by the terms of the plan of merger, only if the merger is permitted by the foreign business corporation”.

¹⁷³⁴ Según precise el comentario Oficial, a la sección 11.02: “2. Applicability A merger of a domestic corporation with a foreign corporation (...) only if the merger is permitted by the laws under which the foreign corporation or other entity is organized, and in effecting the merger the foreign business corporation (...) complies with such laws. Whether and on what terms a foreign corporation (...) is authorized to merge with a domestic corporation is a matter that is governed by the laws under which that corporation (...) is organized or by which it is governed, not by chapter 11. Nevertheless, certain provisions of chapter 11 have an indirect effect on a foreign corporation (...) that proposes to or does merge with a domestic corporation, because they set conditions concerning the effectiveness and effect of the merger. For example, section 11.02(c) sets forth certain requirements for the contents of a plan of merger. This section is directly applicable only to domestic corporations, but has an indirect effect on a foreign corporation (...) that is a party to a proposed merger with a domestic corporation. In some cases, the impact of chapter 11 on a foreign corporation (...) is more direct. For example, section 11.07(d) provides that upon a merger becoming effective, a foreign corporation (...) that is the survivor of the merger is deemed to appoint the secretary of state as its agent for service of process in a proceeding to enforce the rights of shareholders of each domestic corporation that is a party to the merger to exercise appraisal rights and to agree that it will promptly pay to such shareholders the amount, if any, to which they are entitled under chapter 13”.

¹⁷³⁵ Sección 252.(c) The agreement shall be adopted, approved, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed, and, in the case of a Delaware corporation, in the same manner as is provided in § 251 of this title. The agreement shall be filed and shall become effective for all purposes of the laws of this State when and as provided in § 251 of this title with respect to the merger or consolidation of corporations of this State. In lieu of filing the agreement of merger or consolidation, the surviving or resulting corporation may file a certificate of merger or consolidation, executed in accordance with § 103 of this title”.

¹⁷³⁶ Así New York Business Corporation Law, § 902, New York Code - Section 902: Plan of merger or consolidation: “(a) The board of each corporation proposing to participate in a merger or consolidation under section 901 (Power of merger or consolidation) shall adopt a plan of merger or consolidation”;- Hawaii Business Corporation Act, 414-311: “Merger. (a) Pursuant to a plan of merger adopted by the board of directors and approved by the shareholders (if required under section 414-313), a domestic or foreign corporation may merge with one or more domestic professional corporations, or with one or more corporations or other business entities formed or organized under the laws of this State, any state or territory of the United States, any foreign jurisdiction, or any combination thereof, with one of the domestic professional corporations, domestic or foreign corporations, or other business entities whether domestic or

foreign, being the surviving entity, as provided in the plan; provided that the merger is permitted by the law of the state or country under whose law each foreign entity that is a party to the merger is organized”; Illinois Compiled Statutes, Business Corporation Act of 1983, article 11, Sec. 11.05. Procedure for merger or consolidation.” Any 2 or more corporations may merge into one of such corporations or consolidate into a new corporation in the following manner: The board of directors of each corporation shall, by resolution adopted by a majority vote of the members of each such board, approve a plan of merger or consolidation”; 2015 Iowa Code, Chapter 490, Business Corporations, 490.1102 Merger: “1. One or more domestic corporations may merge with a domestic or foreign corporation or other entity pursuant to a plan of merger”; Kentucky Revised Statutes, Chapter 271B.11-010 Merger. “(1) One (1) or more corporations may merge into another corporation if the board of directors of each corporation adopts and its shareholders (if required by KRS 271B.11-030) approve a plan of merger”; Massachusetts General Laws, Section 11.02. Merger: “One or more domestic corporations may merge with a domestic or foreign corporation or other entity pursuant to a plan of merger.(a) A foreign corporation, or a foreign other entity, may be a party to the merger, or may be created by the terms of the plan of merger”; Nebraska Revised Statute, Revised Statutes, Chapter 21, 21-172: “(a) A limited liability company may merge with one or more other constituent organizations pursuant to this section, sections 21-172 to 21-174, and a plan of merger”.

¹⁷³⁷ “Toda fusión de sociedades es la culminación de un procedimiento trazado por la Ley en que se distinguen varias etapas de diferente índole, entrelazadas jurídicamente; estas son, la etapa preparatoria de la fusión y la de realización de la misma, conectadas ambas por el momento de decisión social, que puede ser considerada bien como un acto preparatorio de la fusión, bien como un acto, el primero, de la realización de la referida fusión”, indica LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), p. 121, y sobre el desarrollo del proceso de fusión, en perspectiva histórica, en España pp. 113-126, y en otros ordenamientos Europeos, pp. 126-140.

¹⁷³⁸ LARENZ, K., op. cit. (*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*), pp. 90-98.

¹⁷³⁹ Afirma ALONSO ESPINOSA, F. J., “El proyecto de escisión de sociedades anónimas”, en Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, v. V, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U, Madrid 2002, pp. 4883-4884, que el proyecto de fusión (o de escisión) : a) En la fase de preparación de la fusión o escisión, el proyecto propicia una información verificada “sobre la operación proyectada cuyos destinatarios serán, en general, cualesquiera interesados en alguna de las sociedades participantes, pero en particular los accionista de éstas (...); b) En la fase de decisión de la fusión o escisión el proyecto proporciona seguridad en cuanto su contenido no puede ser alterado por las juntas generales de accionistas de las sociedades participantes (...); c) En la fase de ejecución, el proyecto de fusión o de escisión (ya aprobado por la junta de accionistas tiene carácter vinculante para los administradores de las sociedades participantes”.

¹⁷⁴⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 93; MAMBRILLA RIVERA, V., op. cit. (*Particularidades de la fase preparatoria y decisoria*), p. 885.

¹⁷⁴¹ Sobre la protección de los acreedores en la Directiva 2005/56, y Estados miembros de la Unión Europea. LEXIDALE/BECH-BRUUN, op. cit. (*Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive*), pp. 53-54.

¹⁷⁴² Acerca de la protección de los stakeholders según la Directiva 2005/56 y en los Estado miembros de la Unión Europea, LEXIDALE/BECH-BRUUN, op. cit. (*Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive*), pp. 182-236.

¹⁷⁴³ TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen Jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*), p. 845, donde precisa que “en las leyes nacionales de los Estados comunitarios que han incorporado la Directiva 2005/56/CE encontramos dos tipos de soluciones técnicas: Por una parte, una remisión detallada a las normas supletorias de la fusión, como hace el artículo 117°.B del Código de las Sociedades comerciales portugués y, por otra una remisión general las normas supletorias de la fusión, del tipo de nuestra LME”, siendo ejemplo de una adaptación como la de la LME, la llevada cabo mediante el Decreto Legislativo de 30 maggio 2008, n. 108, Attuazione della direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capital, artículo 4, Disciplina applicabile, establece lo siguiente: “1. Salvo quanto espressamente disposto dal presente decreto, si applica alla società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera il titolo V, capo X, sezione II del libro V del codice civile”, que regula la fusión de sociedades en sus artículos 201- 205 quarter. Por su parte el artículo 117°.B del Código das Sociedades Comerciais, portugués, “Direito aplicável” (a las “Fusões transfronteiriças”, según la Lei n.º 19/2009, de 12 de Maio), establece: “São aplicáveis às sociedades com sede em Portugal participantes num processo de fusão transfronteiriça as disposições da presente secção e, subsidiariamente, as disposições relativas às fusões internas, em especial no que respeita ao processo de tomada de decisão relativo à fusão, à protecção dos credores das sociedades objecto de fusão, dos obrigacionistas e dos direitos dos trabalhadores que não sejam regulados por lei especial.”

¹⁷⁴⁴ Sobre su ámbito subjetivo TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen Jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*), pp. 837-843; Esa remisión es generalmente utilizada, baste con la cita de la sección 11.02.(b) de la Model Business Corporation Act, según la cual: (b) A foreign business corporation, (...), may be a party to a merger with a domestic business corporation, or may be created by the terms of the plan of merger, only if the merger is permitted by the foreign business corporation”.

¹⁷⁴⁵ TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen Jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*), p. 348; Se incide en el artículo 4.2 del . Decreto Legislativo de 30 maggio 2008, n. 108: “ Fermo restando quanto disposto dall'articolo 11, nel caso di conflitto con le norme applicabili alle società' di altro Stato membro partecipanti alla fusione transfrontaliera e' data prevalenza alla legge applicabile alla società' risultante dalla fusione medesima”.

¹⁷⁴⁶ Según el artículo 21.4, del Reglamento 139/2004: “No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3 (2. La Comisión tendrá competencia exclusiva para adoptar las decisiones previstas en el presente Reglamento, sujeta al control del Tribunal de Justicia; 3. Los Estados miembros se abstendrán de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria), los Estados miembros podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario. Se considerarán intereses legítimos en el sentido del primer párrafo la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales. Cualquier otro interés público deberá ser comunicado por el Estado miembro de que se trate a la Comisión, y deberá ser reconocido por ésta previo examen de su compatibilidad con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario antes de que puedan adoptarse las medidas mencionadas anteriormente. La Comisión notificará su decisión al Estado miembro de que se trate en el plazo de 25 días laborables a partir de dicha comunicación”.

¹⁷⁴⁷ TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen Jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias*), p. 846, que indica como ejemplos paradigmáticos de fusiones condicionadas por normas sectoriales “por una parte la frustrada absorción de la sociedad cotizada italiana AUTOSTRADE, SpA por parte de la sociedad cotizada española ABERTIS, SA en 2006, frustración que se debió precisamente a la interferencia de factores públicos y no a problemas de carácter jurídico-privado. Por otro lado, la absorción de la sociedad unipersonal española MONDIAL ASSISTANCE SEGUROS Y REASEGUROS, SAU por la sociedad anónima holandesa ELVIA TRAVEL, INSURANCE, NV en 2008. También destaca en este sentido la fusión anunciada entre IBERIA L.A.E, S.A. y BRITISH AIRWAYS Plc, mediante la creación de una compañía holding (topCo) propietaria de las dos compañías aéreas; Con fecha 12 de noviembre de 2009 IBERIA, L.A.E., S.A. comunicó que, en ese día, había suscrito con BRITISH AIRWAYS PLC un memorandum of understanding “vinculante relativo a la fusión de ambas compañías”, adjuntando nota de prensa conjunta de IBERIA, L.A.E., S.A. y BRITISH AIRWAYS PLC explicativa de los restantes términos relevantes de la operación proyectada. Según la misma nota de prensa “IBERIA Y BRITISH AIRWAYS FIRMAN UN ACUERDO (MOU) PARA UNA FUSIÓN ENTRE IGUALES. Los Consejos de Administración de Iberia y British Airways han aprobado hoy la firma de un acuerdo vinculante que fija las bases para una fusión de las dos compañías, con el fin de crear uno de los mayores grupos aéreos del mundo y que reconoce el principio de paridad en el Consejo de Administración y en los órganos de gestión del nuevo Grupo. El nuevo Grupo contará con una flota de 419 aviones y volará a 205 destinos. En el 2008, Iberia y British transportaron conjuntamente 62 millones de pasajeros. En el último ejercicio económico, ambas compañías obtuvieron unos ingresos conjuntos de aproximadamente 15 mil millones de euros. Las dos aerolíneas coinciden en que hay razones estratégicas de peso que justifican esta operación, que se espera que genere unas sinergias de aproximadamente unos 400 millones de euros y que beneficie a los accionistas, a los clientes y a sus empleados de ambas compañías. El nuevo Grupo combinará los liderazgos de ambas compañías en el Reino Unido y España y reforzará su fuerte presencia en los mercados internacionales de largo radio. Ambas aerolíneas conservarán sus respectivas marcas y operaciones. Se prevé que la fusión se complete a finales de 2010”, indicándose como “Principales características de la propuesta de fusión. La fusión proyectada resultará en la creación de una nueva compañía holding (TopCo), propietaria de las dos compañías aéreas actuales y cuyos accionistas serán los actuales accionistas de Iberia y British Airways. Bajo los términos de la fusión proyectada, los accionistas de British recibirán una acción ordinaria de TopCo por cada acción ordinaria que posean en la compañía británica, y los accionistas de Iberia recibirán 1,0205 acciones ordinarias de TopCo por cada acción ordinaria que posean de la aerolínea española. Sobre la base de esta ecuación de canje, y tras la amortización de la autocartera de Iberia y antes de cancelación de las actuales participaciones cruzadas entre British Airways e Iberia, los accionistas de Iberia tendrán el 45 por ciento de TopCo y los de British Airways el 55 por ciento. TopCo será una compañía española con domicilio social en España. La mayoría de las reuniones de su Consejo y todas sus Juntas de Accionistas tendrán lugar en Madrid. Una vez ejecutada la fusión, TopCo será residente fiscal en España. Por su parte, la sede financiera y

operativa del nuevo Grupo estará en Londres, donde se ubicarán las principales funciones del Grupo, disponiendo asimismo de las correspondientes oficinas en Madrid. El Consejo de Administración de TopCo lo formarán 14 miembros, 7 elegidos por cada una de las aerolíneas”.

¹⁷⁴⁸ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, especialmente artículos 7.1.a), 9, 53, 57.2.b), 58.4 b) y c), 59.1 y 60.3. b).

¹⁷⁴⁹ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 390; LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 423-424, aludiendo a la fase previa de la fusión y al proyecto de fusión de sociedades, precisa que “se trata del primer tramo de la “etapa previa de la fusión” en sentido amplio; esto es la que precede al acuerdo a la adopción de la decisión sobre la fusión por las Juntas de socios de todas las sociedades: la fase predeliberativa. El tramo siguiente de la citada etapa previa de la fusión (...) y la fase decisoria”. Se refiere a la “fase preliminar” de la fusión como la de “preparación y redacción del proyecto de fusión”, precisando que el “macroconcepto” modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, “se configura tomando como referente la fusión de sociedades. De aquí que la fase previa y el proyecto de fusión (...) constituye el núcleo de cualquiera de las operaciones societarias plurisubjetivas reguladas en la LME; por supuesto de la fusión en su dos modalidades y sea fusión interna o fusión transfronteriza (...). En todas ha de existir un proyecto que, genéricamente, y desde un planteamiento global de la categoría científico-jurídica de referencia, podemos calificar como proyecto de reestructuración de sociedades”. Destaca que “todas esas operaciones con institutos jurídicos diversos, autónomos (...), pero a partir del análisis jurídico-positivo y d la observación de la realidad del tráfico pueden decantarse algunos elementos comunes a todas ellas. Son técnicas jurídicas para la modificación de la estructura organizativa de las empresas societarias, incluso para algunas de las sociedades supone la extinción, pero sin que afecte a la empresa en sí que continúa entro de la organización resultante del cambio estructural”; La misma autora en op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 138-139, precisa que “la etapa previa en sentido estricto de una fusión de sociedades puede ser estructurada en forma bimestre, en atención al estado alcanzado en su avance progresivo hacia la formulación del proyecto de fusión; lo que tiene relevancia en el plano de las responsabilidades en que puede incurrirse al largo del proceso prenegocial: -Una primera fase, que termina con la extinción del conocido por la doctrina y en la práctica con el nombre de protocolo o proyecto inicial de fusión. -Y la segunda, que iniciada con la redacción y suscripción del proyecto de fusión, sin perjuicio de otros documentos intermedios. En todo caso la redacción del proyecto de fusión significa, a su vez, el fin de la etapa previa en sentido estricto” (...). Ambas fases aparecen, pues, enlazadas por la unidad intencional de las partes -elaborar el proyecto de fusión”.

¹⁷⁵⁰ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 390.

¹⁷⁵¹ “Como uno de sus elementos constitutivos”, precisa SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 388.

¹⁷⁵² “La fusión se estructura legalmente como un proceso dividido en diferentes fases y en que no es dudosa la necesidad de la presencia de un convenio entre las sociedades que intervienen en él: La insipiente de la consideración aislada de los acuerdos de cada sociedad para justificar los efectos de la fusión, exige la necesidad de un convenio entre ellas que justifique los efectos traslativos y extintivos que son propios de la fusión”, indica precisa SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 389.

¹⁷⁵³ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 136; GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 94, indica que “en puridad el proceso de fusión se inicia para la Ley con el Proyecto común de fusión. Pero para llegar a él la realidad societaria muestra la existencia de un conjunto de actuaciones previas -más o menos complejas y extensas, dependiendo del caso concreto- a las que hay que atender”; En relación con nuestro ordenamiento y en el ámbito nacional o interno se publica en la página web de la CNMV el siguiente hecho relevante: “En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, y de acuerdo con los deberes de información que corresponden a las sociedades emisoras de valores admitidos a cotización oficial, BARCLAYS BANK, S.A.U. pone en conocimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el siguiente HECHO RELEVANTE. En el día de hoy, los Consejos de Administración de Barclays Bank, S.A.U. (“Barclays Bank”) y de CaixaBank, S.A. (“CaixaBank”) han aprobado el Proyecto Común de Fusión de CaixaBank (sociedad absorbente) y Barclays Bank (sociedad absorbida), cuya copia se acompaña a la presente comunicación, así como, en lo menester, la mencionada fusión ajustándose estrictamente a los términos del citado proyecto. Según se indica en el Proyecto de Fusión, la fusión se lleva a cabo de conformidad con lo previsto en los artículos 49 y 51 de la Ley de Modificaciones Estructurales, dado que la totalidad del capital social de Barclays Bank es propiedad directa de CaixaBank. Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22 y 23 de la Ley de Modificaciones Estructurales, la citada fusión implicará: (i) la extinción de Barclays Bank, como sociedad absorbida, y (ii) la transmisión en bloque de su patrimonio social a CaixaBank, como sociedad absorbente, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de la primera. La

fusión está sujeta y condicionada a la obtención de la pertinente autorización del Ministerio de Economía y Competitividad, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 12ª de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Lo que se comunica para conocimiento del público en general. Barcelona, a 30 de marzo de 2015”.

¹⁷⁵⁴ LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 93; También en op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 435.

¹⁷⁵⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*Derecho contable de fusiones y escisiones*), p. 14

¹⁷⁵⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., o. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 95

¹⁷⁵⁷ Afirma LACRUZ BERDEJO, J. L., “*Elementos de Derecho Civil*”, t. II, v. segundo, Librería Bosch, Barcelona 1977, pp. 77-78, que “el contrato se concluye con frecuencia a través de unas relaciones muy simples entre los contratantes, pero a veces al estipulación se alcanza mediante unas conversaciones o tratos preliminares o preparatorios de la convención más o menos complicados y prolongados, según la importancia y trascendencia del contrato que se pretende celebrar. No es infrecuente, en la vida moderna, que el planteamiento de una operación económica requiera, además, que los posibles contratantes lleven a cabo una serie de gastos y desembolsos (viajes, realización de estudios sobre la conveniencia de contratar, encargo de informes sobre las cosas que van a ser objeto de la contratación, etc.), ni que los que se proponen contratar se intercambien notas, memorias, borradores y minutas de posibles estipulaciones, al objeto de ir perfilando el compromiso que va a adquirir y sus posibles consecuencias”; Indica Díez-PICAZO, L., “*La existencia del contrato*”, ARAJL núm. 39, 2009, p. 180, que “En el curso de las negociaciones, los negociadores pueden dejar claro que no consideran el contrato celebrado hasta que el acuerdo se haya extendido a los puntos a, b o c aunque estos no sean esenciales en el modelo legal o, al revés que lo consideran celebrado si hay un acuerdo sobre todo e. si manifestaciones de este tipo pueden ser probadas, habrá que estar a ellas. No es cuestión fácil saber el alcance y la naturaleza que tienen declaraciones de este tipo que parecen dar lugar a una especie de contrato normativo, en cuanto que contrato rector de la fase de negociaciones, que a veces se ha denominado “acuerdo de intenciones”, pues, en efecto, no es raro que, en negociaciones de especial importancia las partes prefieran regular por sí mismas esa fase de negociación, en lugar de remitirla al albur de un Derecho legal inexistente o escaso si las partes hubieran hecho estas declaraciones, ningún problema. La cuestión es si estas declaraciones o manifestaciones pueden resultar tácitamente realizadas”, en op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*), p. 144, precisa que “el concepto de contrato es un fenómeno muy difícil de reducir a unos esquemas puramente jurídicos, porque acontece con él que aparece por doquier e invade todas las zonas del ordenamiento jurídico. En términos estrictamente jurídicos, cabría por ello hablar más que de un concepto de varios conceptos de contrato”.

¹⁷⁵⁸ Explícitamente se alude en la Propuesta de la Comisión Europea de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada, de 9.4.2014, COM(2014) 212 final 2014/0120 (COD), “explicación detallada de la propuesta, Capítulo 72, a que “se prevé que la SUP pueda constituir un modelo atractivo para grupos de empresas y, por lo tanto, la Directiva autoriza al socio único a dar instrucciones al órgano de administración”, lo que se plasma en su artículo 23.1, según el cual “el socio único tendrá derecho a dar instrucciones al órgano de administración”.

¹⁷⁵⁹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), pp. 424-425, firma que “en cualquier supuesto de fusión de sociedades (...) es preciso proceder a una gran variedad de actividades (unilaterales o plurilaterales, de alcance interno o con proyección externa) que, con mayor o menor complejidad, se reiteran en lo que se da en denominar la etapa preparatoria del “procedimiento de modificación estructural”, la fusión en nuestro caso, y cualquiera que sea el motivo último al que responda el cambio acometido: expansión saneamiento, redimensionamiento, diversificación, movilidad, etc.; en general la decisión estratégica responde a móviles varios y factores diversos. Simplificando, las mencionadas actividades son éstas: una autoevaluación de la situación de la sociedad de quien parte la iniciativa estratégica y una valoración del sector productivo en el que actúa; luego, procede la búsqueda de la sociedad con la que se podría entrar en conversación y una vez elegida, se inician los primeros contactos, el intercambio de las primeras informaciones y se traban las negociaciones que pueden conducir a un proyecto de reestructuración societaria, que se someterá a las Juntas de socios. Hasta aquí se desarrolla lo que denominamos etapa previa”.

¹⁷⁶⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 432.

¹⁷⁶¹ MAMBRILLA RIVERA, V. op. cit. (*Particularidades de la fase preparatoria y decisoria*), p. 862.

¹⁷⁶² GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 94, indica que “en puridad el proceso de fusión se inicia para la Ley con el Proyecto común de fusión. Pero para llegar a él la realidad societaria

muestra la existencia de un conjunto de actuaciones previas -más o menos complejas y extensas, dependiendo del caso concreto- a las que hay que atender”.

¹⁷⁶³ LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 93.

¹⁷⁶⁴ Afirma LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), p. 211, que “el protocolo inicial de fusión tiene carácter autónomo. Esto es, su eficacia no termina con el otorgamiento del proyecto de fusión ya la realización posterior de la operación societaria. Al menos en los primeros momentos de la etapa que cabe denominar “postfusión”, el citado protocolo actuará como propulsor para la rápida reorganización de la nueva empresa, factor éste que es decisivo para el éxito de una fusión. Los criterios necesarios para ello están previstos en las cláusulas relativas a la política económica de la sociedad después de la fusión, integrantes del contenido del protocolo inicial”.

¹⁷⁶⁵ Afirma PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, v. I), p. 167, que “la vida del contrato tiene tres fases o momentos principales: la generación, la perfección y la consumación. La primera comprende los tratos preliminares y el proceso interno de formación del contrato. La segunda, el nacimiento mismo al quedar perfeccionado por el concurso de la oferta y la aceptación. La tercera el cumplimiento del fin para el que se celebró; es decir, la realización y efectividad de las prestaciones derivadas del contrato”; En el mismo sentido DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 332,

¹⁷⁶⁶ Destaca DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*La existencia del contrato*), p. 180, que “debería ser una cuestión sencilla (que todo estudiante de tercer año de carrea debería estar en condiciones de contestar) la determinación de cuando existe un contrato entre las partes o, dicho de otro modo, cuando un contrato ha quedado celebrado o formado y cuando no. No sé si se debe a la especial complejidad que han ido adquiriendo muchas negociaciones o a otro tipo de causas, pero lo cierto es., que en los últimos años, se han multiplicado las consultas en este orden de cosas y no ha sido infrecuente que le hayan dejado a uno sumido en alguna dosis de perplejidad”.

¹⁷⁶⁷ PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, v. I), p. 216, que afirma que “los contratos no se celebran (...) con la brevedad de una automatismo impersonal y son el resultado final de una negociación entre las partes”.

¹⁷⁶⁸ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 430.

¹⁷⁶⁹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 431.

¹⁷⁷⁰ Como de “cualquiera de las operaciones societarias plurisubjetivas reguladas en la LM”, afirma LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 424, donde añade que también lo es de “la operación de Merger Leveraged Buy Out; y de las caracterizadas como “fusiones especiales”; también en la escisión, en sus diversas variantes y en la cesión global de activo y pasivo. En todas ha de existir un proyecto que genéricamente y desde un planteamiento global de la categoría científico-jurídica de referencia, podemos calificar como proyecto de reestructuración de sociedades. Todas esas operaciones son institutos jurídicos diversos, autónomos -esto es, con una disciplina diferente, en atención a sus diversas funciones y a sus dispares efectos-; pero a partir del análisis jurídico-positivo y de la observación de la realidad del tráfico pueden decantarse algunos elementos comunes a todas ellas; incluso para algunas de la sociedades supone su extinción, pero sin que afecta a la empresa en sí que continúa dentro de la organización resultante del cambio estructural”.

¹⁷⁷¹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 430.

¹⁷⁷² LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 431.

¹⁷⁷³ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 425.

¹⁷⁷⁴ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 425.

¹⁷⁷⁵ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), pp. 425-426.

¹⁷⁷⁶ La Sección 11.01.(b) señala “Party to a merger” (...) means any domestic or foreign corporation or eligible entity that will: (1) merge under a plan of merger”.

¹⁷⁷⁷ La Sección 11.04 MBCA indica “in the case of a domestic corporation that is a party to a merger (...): (a) The plan of merger (...) must be adopted by the board of directors”.

¹⁷⁷⁸ La Sección 11.06 MBCA indica “a) After a plan of merger (...) has been adopted and approved as required by this Act, articles of merger (...) shall be executed on behalf of each party to the merger (...) by any officer or other duly authorized representative”:

¹⁷⁷⁹ Dicha Sección 252(a) de la Delaware GCL señala expresamente que “(a) *Any 1 or more corporations of this State may merge or consolidate with 1 or more other corporations of any other state or states of the United States, or of the District of Columbia if the laws of the other state or states, or of the District permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction. The constituent corporations may merge into a single corporation, which may be any 1 of the constituent corporations, or they may consolidate into a new corporation formed by the consolidation, which may be a corporation of the state of incorporation of any 1 of the constituent corporations, pursuant to an agreement of merger or consolidation, as the case may be, complying and approved in accordance with this section. In addition, any 1 or more corporations existing under the laws of this State may merge or consolidate with 1 or more corporations organized under the laws of any jurisdiction other than 1 of the United States if the laws under which the other corporation or corporations are organized permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction*”.

¹⁷⁸⁰ La Sección 251 de la Delaware GCL afirma “(a) *Any 2 or more corporations existing under the laws of this State may merge into a single corporation, which may be any 1 of the constituent corporations or may consolidate into a new corporation formed by the consolidation, pursuant to an agreement of merger or consolidation, as the case may be, complying and approved in accordance with this section. (b) The board of directors of each corporation which desires to merge or consolidate shall adopt a resolution approving an agreement of merger or consolidation and declaring its advisability (...) (c) The agreement shall be adopted, approved, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed, and, in the case of a Delaware corporation, in the same manner as is provided in § 251 of this title*”.

¹⁷⁸¹ La Sección 902 NY Code indica “(a) *The board of each corporation proposing to participate in a merger or consolidation under section 901 (Power of merger or consolidation) shall adopt a plan of merger or consolidation (...)*”

¹⁷⁸² LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 94, y, en relación con la situación inmediatamente anterior, op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), pp. 140-165.

¹⁷⁸³ SÁNCHEZ CALERO, F., “*Los Administradores en las Sociedades de Capital*”, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2005, pp. 41-42; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., op. cit., (*Instituciones de Derecho Mercantil*”, v. I), p. 511; IGLESIAS PRADA, J. L. Y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. “*Lección 22. Los órganos sociales de las sociedades de capital*”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, v. I, (undécima edición), Thomson Reuters-Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 512.

¹⁷⁸⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*Los administradores en las sociedades de capital*), p. 284, que precisa en pp. 285-286; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., op. cit., (*Instituciones de Derecho Mercantil*”, v. I), p. 530-532; IGLESIAS PRADA, J. L. Y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. op. cit. (*Lección 22. Los órganos sociales de las sociedades de capital*), p. 519-520; “Se trata de una responsabilidad subjetiva o por culpa, matizada por algunos elementos que agravan su exigibilidad, que toma de la doctrina general de la responsabilidad civil común los presupuestos materiales que la desencadenan, y del contexto societario en el que se inscribe las especialidades en materia de ejercicio de las acciones para exigirla (...). No es, pues, una responsabilidad ni objetiva, ni cuasi objetiva, que pueda tener pos base el mal resultado económico de la sociedad o el deterioro de su patrimonio, sin más; los administradores sólo son responsables, con obligaciones de indemnizar, si se ha producido un daño conectado causalmente a acciones u omisiones propias, ilícitas y culpables, pues la obligación que sumen es una obligación de medios y no de resultados. Lo que no excluye que su responsabilidad esté configurada, por razones evidentes de equilibrio don el volumen de poder y el ámbito de competencia que ostentan, con más rigor que la responsabilidad subjetiva común, teniendo en cuenta tanto la pauta de diligencia profesional como y los deberes que les son exigibles, como la forma solidaria en que responden, con presunción de culpa e inversión d la carga de la prueba”, afirma QUJANO, J., “Capítulo V. La responsabilidad de los administradores”, en *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Thomson Reuters- Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1691-1692.

¹⁷⁸⁵ URÍA, R., MENÉNEZ, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “*Capítulo 35. La sociedad anónima: Órganos sociales. Los administradores*”, en *Curso de Derecho Mercantil*, v. I, Thomson-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 981.

¹⁷⁸⁶ CARRASCO PERERA, Á., “*Las cartas de intenciones*”, en *Adquisiciones de empresas*, González Acebo & Pombo/Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 125, en donde afirma que “el Derecho de sociedades impone especiales restricciones a la libertad de los administradores de vincular a la sociedad y e vincularse a sí mismos por contrato a desempeñar una conducta que pudiera estar en desacuerdo con los intereses de la sociedad, cuya defensa constituya una obligación fiduciaria de los administradores. Por esta misma razón, la firma de la carta no debería llevar a los administradores a comprometerse en contra del interés social. De ahí la cláusula de los mejores esfuerzos (best efforts clause) quede explicada y al mismo tiempo sirva para relativizar la intensidad de estos esfuerzos”.

¹⁷⁸⁷ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 437.

¹⁷⁸⁸LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 424; “Son sociedades cotizadas las sociedades anónimas cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores, artículo 495.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁷⁸⁹“El régimen general sobre la fusión de sociedades es único; esto es no responde un planteamiento dimensional, en atención a la tipología real de las sociedades. El procedimiento de fusión es, pues, el mismo para las grandes sociedades, abiertas, incluso cotizadas y para, con un número de socios reducido y con un capital de escasa cuantía las pequeñas, afirma LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 425, Nota 6, añadiendo, en Nota 7, que “en la práctica española, el régimen de la fusión ha sido adaptado por vía hermenéutica a las exigencias de flexibilización de cada caso, generando una gran inseguridad jurídica. Es como si se renegara del presente (institucionalización del régimen de la fusión), añorando el pasado, que era la ley de 1951; tal actitud no es sino una muestra del movimiento desregulador al que asistimos desde, aproximadamente, mediados de los noventa del siglo pasado”.

¹⁷⁹⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), pp. 436-437, afirma que “es frecuente que la iniciativa parta de la cúspide del órgano de administración —el presidente— o que se proceda a una descentralización mediante el nombramiento de apoderados o recurriendo a la técnica de la delegación, en el supuesto del Consejo de administración. Al efecto, por lo general, encomienda a expertos los estudios iniciales con vistas a determinar el “socio” más adecuado y una vez elegido, lleva cabo los primeros contactos con los administradores del mismo”.

¹⁷⁹¹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 95.

¹⁷⁹² SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*Los Administradores en las Sociedades de Capital*), p. 43; También en “La Junta General en las sociedades de capital”, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 57; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., op. cit., (*Instituciones de Derecho Mercantil*), v. I), p. 173. IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. “Lección 22. Los órganos sociales de las sociedades de capital”, en Lecciones de Derecho Mercantil, v. I, (undécima edición), Thomson Reuters-Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 500; En relación con la regulación contenida en la derogada LSA, indica LARGO GIL, R., op. cit. (*La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*), p. 95, que la competencia que se atribuía a los administradores “no excluye la posibilidad de que los socios puedan tratar sobre la conveniencia de la fusión de su sociedad y que, en su caso, encomienden al órgano de administración la iniciación de las gestiones oportunas, así como la realización de las actividades exigidas por la ley. En este caso los socios reunidos en junta general incluso en junta universal y ajustándose a los requisitos generales para la adopción de un acuerdo social, deciden promover la fusión; sin embargo, la decisión social sobre la fusión, que se remite un momento ulterior en el tiempo, deberá adoptarse, con base en el proyecto de función elaborado por el órgano de administración, de conformidad con el régimen particular del tipo social de que se trate”.

¹⁷⁹³ IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. op. cit. (*Lección 22. Los órganos sociales de las sociedades de capital*), p. 500.

¹⁷⁹⁴ “No es fácil saber el alcance y la naturaleza que tiene las declaraciones de este tipo que parecen dar lugar a un especie de contrato normativo, en cuanto contrato rector de la fase de negociaciones, que a veces se ha denominado “acuerdo de intenciones”, pues, en efecto, no es raro que, en negociaciones, de especial importancia las partes prefieran regular por sí mismas esta fase de negociación, en lugar de remitirse al albur de un Derecho legal inexistente o escaso. Si las partes hubieran hecho estas declaraciones ningún problema. La cuestión es si esas declaraciones o manifestaciones pueden resultar tácitamente realizadas”, indica DIEZ-PICAZO, L. “*La existencia del contrato*”, AARAJL núm. 39, 2009, p. 180.

¹⁷⁹⁵ “Tan sólo pretenden debatir y remover obstáculos; colaborar en la determinación de objetivos comunes en función de los cuales se fijarán las bases esenciales de la eventual fusión”, precisa LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 437.

¹⁷⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*), p. 333, tratando sobre la culpa in contrahendo en pp. 338-348; Diferenciando los tratos previos y la perfección del contrato, afirma la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 2 de noviembre de 2010, afirma que “aquellos son intrascendentes para el derecho, no producen obligación para las partes y sólo si se da una ruptura injustificada de los mismos, habiendo producido un daño a la otra parte, podría nacer la obligación de repararlo como culpa in contrahendo, (...). La perfección del contrato, siendo el contrato un negocio jurídico bilateral, existe con la concurrencia (artículo 1261 del Código civil) del consentimiento, objeto y causa. Y el consentimiento (artículo 1262), con el

concurso de las declaraciones de voluntad coincidentes y contrapuestas -oferta y aceptación- de las partes contractuales”.

¹⁷⁹⁷ PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil*”, t. II, v. I), p. 216.

¹⁷⁹⁸ Los tribunales norteamericanos han reconocido que las partes tienen libertad de negociar, sin riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual, precisa FARMWORTH, E. A., “Contracts”, 3ª edition, Aspen Law & Business, New York, 1999, pp. 194-195, si bien, precisa, en p. 195, que no obstante el deber de buena fe o fair dealing no se extiende a las negociaciones preliminares, añadiendo en pp. 197-198, que se observa una tendencia en la jurisprudencia en los últimos años a reconocer responsabilidades precontractuales, concretamente en eventos que constituyen enriquecimiento sin causa, misrepresentation, o representaciones o declaraciones falsas o erróneas, promesas específicas hechas en las mismas y un acuerdo para negociar de buena fe.

¹⁷⁹⁹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 437.

¹⁸⁰⁰ “Es fundamental el reconocimiento del deber de actuar según la buena fe en la contratación”, afirma ROJO AJURIA, L., “*El dolo en los contratos*”, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1994, p. 243.

¹⁸⁰¹ DíEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 333

¹⁸⁰² “Ni el Derecho comunitario ni el Derecho interno español (...) regulan las actividades previas a la formulación material del proyecto de fusión, las que podríamos denominar operaciones de “planificación estratégica” y de “organización” de la fusión que se proyecta. En el inicio del proceso de fusión se llevan a cabo los primeros contactos entre los administradores (representantes) de las sociedades interesadas, desarrollándose los contactos o negociaciones previas en las que, en base a estudios de viabilidad económicos y financieros, se valora la oportunidad de la operación y se obtiene una primera aproximación acerca de las condiciones en que habrá de desarrollarse la misma. Este conjunto de negociaciones, comúnmente conocidas como “protocolos de fusión” refleja la realización de los primeros contactos entre los administradores de las sociedades interesadas en la operación que, una vez producida esta declaración de intenciones sobre el proceso a iniciar, desembocarán en el proyecto común de fusión”, indica MAMBRILLA RIVERA, V. op. cit. (*Particularidades de la fase preparatoria y decisoria*), pp. 885-886; A un complejo “contrato de integración” transfronterizo y al pertinente “protocolo”, se refiere la STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 20 de Abril de 2015, de la dos mil quince, en los siguientes términos: “El día 8 de marzo de 2012 los distintos embotelladores habían firmado un protocolo para definir las líneas rectoras del proceso para su integración en una sociedad de nueva creación para llevar de manera única y exclusiva la fabricación, embotellado, distribución y comercialización de los productos de las marcas propiedad de The Coca-Cola Company en España, Portugal y Andorra, estando prevista para la fecha de la integración la entrada en vigor de un nuevo contrato de embotellador para dichos territorios que suscribirían The Coca-Cola Company, The Coca-Cola Export Corporation y la nueva sociedad embotelladora que se iba a constituir. En el protocolo se preveía que los embotelladores aportarían sus activos y pasivos a la nueva sociedad, aportando las acciones representativas de su capital social a la misma”; LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), tras destacar, en pp. 194-195, que los protocolos fusión y el proyecto de fusión de diferencian en que “mientras el proyecto de fusión es único, cabe (...), una pluralidad de protocolos”, que “el proyecto de fusión tiene que ser redactado y firmado por el órgano de administración de cada una de las sociedades interesadas (...) los protocolos de fusión pueden ser firmados, incluso es lo más habitual, por personas que no ostentan tal condición”, y que el contenido del proyecto de fusión es también diferente al de los protocolos en general”, concluyendo, en p. 197, que “los protocolos, a diferencia del proyecto de fusión, son documentos de carácter oficioso incluso secreto no obligatorios jurídicamente, pero sí convenientes o, mejor, necesarios desde el punto de vista práctico e ignorados por el legislador, la jurisprudencia y por casi la totalidad de la doctrina; documentos cuya función es poner de manifiesto tanto la voluntad de unión de las partes en presencia como el acuerdo que existe entre las mismas con respecto a las bases esenciales de la operación, las financiera en particular, y el plan de trabajo a seguir para el desarrollo de éstas”.

¹⁸⁰³ “Cabe, e incluso es lo más habitual, que en el curso de la etapa preparatoria de una misma fusión se elabore un pluralidad de protocolos, esto es, el llamado simplemente protocolo o, también, protocolo inicial de fusión y los anexos al mismo”, precisa LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), p. 194, desarrollando en pp. 213-217 la referencia a los protocolos anexos, precisando, en p. 15, que “aun cuando esos acuerdos parciales se documenten y se firmen, dando lugar a los que se conocen como protocolos anexos o complementarios del protocolo inicial, no generan para las partes obligaciones jurídicas, propiamente; todavía no hay un acuerdo definitivo. Se está negociando, Por lo que parece adecuado considerar que tales protocolos o acuerdos anexos son meros “auxiliares de la memoria” en relación a la marcha de las negociaciones para una fusión, que continúan. Pero tal prosecución no se produce para dar cumplimiento a una obligación que haya surgido a cargo de las partes por el hecho de

la suscripción de los citados documentos. No es así; simplemente, el referido comportamiento es conforme con los deberes que emanan del principio general de buena fe que rige en toda negociación” (...), afirmando, en p. 216, que “puede considerarse que los protocolos anexos se aproximan a los llamados “acuerdos normativos”.

¹⁸⁰⁴A título de ejemplo puede citarse el siguiente “acuerdo de protocolo de fusión”:

ACUERDO DE PROTOCOLO DE FUSIÓN

En Madrid, siendo las (...) horas del día (...) de (...) de (...) y dentro del plan de actuaciones derivadas del proceso de fusión por absorción de las siguientes entidades: Banco de Castilla, S.A., Banco de Crédito Balear, S.A., Banco de Galicia, S.A. y Banco de Vasconia, S.A (en adelante y en conjunto Bancos Integrados) por el Banco Popular Español, S.A. (en lo sucesivo, Banco Popular) y en previsión de las consecuencias que el mencionado proceso de fusión pueda tener sobre la relación jurídico-laboral de los empleados del Grupo que conforman las plantillas de los Bancos mencionados, reunidas las personas que a continuación se indican:

(...)

Todas las partes intervinientes reconociéndose mutua y recíproca capacidad para este acto, en base a la representación que cada una ostenta y que en el caso de los sindicatos firmantes supera, en su conjunto, el 97% del total de la representación de los trabajadores de las entidades implicadas en el proceso de fusión y en concreto el 100% de la representación de Banco de Castilla, S.A., el 100% de la representación del Banco de Crédito Balear, S.A., el 71 % de la representación del Banco de Galicia, el 100% de la representación de Banco de Vasconia y el 100% de la representación de Banco Popular,

MANIFIESTAN

Que tanto la Dirección del Grupo Banco Popular como las representaciones sindicales firmantes de este Acuerdo coinciden y comparten la necesidad de que nuestro Grupo continúe avanzando en eficiencia y profesionalidad, con un claro objetivo de creación de valor para empleados, clientes y accionistas.

Por ello, ambas partes comparten la oportunidad de suscribir el presente Protocolo, entendiendo que la garantía en la continuidad de las relaciones laborales y la consecución de mejores condiciones de trabajo, formación y desarrollo, deben orientar desde su inicio la operación proyectada.

Para lograr los objetivos pretendidos, se coincide en la necesidad de contar con la mayor colaboración y compromiso de todos los empleados, resultando esencial para este propósito, cuidar al máximo todos los procesos de información y comunicación con las personas que componen la plantilla, por cuya razón las partes firmantes se comprometen a realizar todos los esfuerzos necesarios para ello. Por lo expuesto ambas partes,

ACUERDAN

1. Garantizar la continuidad de las relaciones laborales del conjunto de los empleados y empleadas que conforman las plantillas de los Bancos Integrados objeto del presente acuerdo, de forma que el proceso de fusión no perjudique, deteriore o modifique la estabilidad de sus empleos.

Esta garantía así como las establecidas en los puntos 2 y 3 del presente protocolo se hace extensiva en los mismos términos a los Bancos de Andalucía, Popular-e y Popular Hipotecario.

2. De conformidad con el apartado anterior y como consecuencia de los procesos de reorganización interna que pudieran llevarse a cabo, la Dirección del Grupo Banco Popular se compromete a utilizar procedimientos meramente voluntarios y vegetativos para acomodar las plantillas y, por tanto, a no aplicar los artículos 51 y 52 C del R.D.L. 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y posteriores modificaciones. Entre los procedimientos antes referidos, se entenderán también comprendidos, los relativos a ofertas o propuestas de prejubilación que puedan formularse por iniciativa de la empresa.

3. Asimismo el Grupo Banco Popular se compromete a no utilizar la medida de traslados forzosos a que se refiere el artículo 40 del precitado R.D.L. 1/1995 de 24 de marzo, si bien, en el caso hipotético de que en el futuro se diesen necesidades de reorganización de plantillas que precisasen la realización de traslados de los contemplados en dicho artículo, las partes se obligan a encontrar fórmulas negociadas para su solución, con el propósito de establecer el marco general que con esta finalidad pudiera ofrecerse a los empleados, ateniéndose en su defecto a lo establecido en los artículos 28, 29 y 30 del Convenio Colectivo de Banca Privada. Para ello, la Dirección del Grupo Banco Popular comunicará a las partes firmantes del presente acuerdo, con carácter previo y suficiente detalle, los procesos de cierre, reubicación y cambios de denominación comercial que pudieran afectar a los actuales centro de trabajo de los Bancos Integrados.

4. Banco Popular se subrogará en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos los empleados en activo en los Bancos Integrados en el momento de producirse la fusión y en especial en la antigüedad a los efectos que los tuviera reconocidos, incluidos los indemnizatorios.

5. Banco Popular se subrogará igualmente en todos los derechos y obligaciones asumidos por las entidades fusionadas en relación a todos los empleados de sus plantillas en situación de excedencia, con contrato suspendido por mutuo acuerdo, de prejubilación, así como del personal pasivo.

6. A los empleados que figuren actualmente en las plantillas de los Bancos Integrados habiendo sido contratados con carácter temporal en cualquiera de las modalidades previstas en la Ley, se les seguirán aplicando las actuales políticas de personal, de forma que el hecho de la fusión no altere para nada las normas, criterios y expectativas bajo los que se produjo su incorporación.

7. En febrero del año (...) todos los empleados integrados en Banco Popular procedentes de los Bancos fusionados percibirán el mismo número de pagas en concepto de participación en beneficios del año (...) (artículo 18 del Convenio Colectivo) y en las mismas condiciones que en el Banco Popular.

En el mes de febrero del año (...), los empleados de los Bancos Integrados (Castilla, Crédito Balear, Galicia y Vasconia) recibirán, en concepto de participación en beneficios, por el ejercicio (...), el mismo número de pagas que les fueron abonadas, en febrero 2008 (correspondientes al ejercicio ...), en sus respectivos Bancos de procedencia, incrementadas en un cuarto de paga más. A partir de la fecha en que se materialice la fusión, el Banco Popular, como Promotor del Plan de Pensiones de los Empleados de dicha entidad, realizará las dotaciones necesarias en el Plan de Pensiones para garantizar a los empleados procedentes de los Bancos integrados los derechos pasivos que se deriven.

8. A partir del (...) de (...) de (...) todos los empleados integrados en Banco Popular, procedentes de los Bancos Integrados disfrutarán de las mismas condiciones y beneficios sociales vigentes en el Banco Popular, quedando por lo tanto extinguido cualquier otro beneficio distinto del que viniera disfrutando la totalidad o parte de la plantilla de los Bancos integrados.

9. Como consecuencia de la integración en la plantilla de Banco Popular de los empleados de los Bancos fusionados y del traspaso al Plan de Pensiones de los Empleados de Banco Popular de los derechos de los partícipes de los planes de empleo existentes en dichas entidades fusionadas, corresponderá a las Comisiones de Control de estos planes proceder al proceso de liquidación y disolución oportuno, trasladando a la Comisión de Control de Banco Popular la documentación histórica y la información que proceda.

10. La Dirección del Grupo Banco Popular garantizará que todos los empleados de los Bancos Integrados dispongan de idénticas oportunidades de promoción y carrera profesional, sin ningún tipo de discriminación.

Teniendo en cuenta que la formación es el instrumento más conveniente para conseguir con mejor eficacia un desempeño y adaptación a las modificaciones derivadas de la evolución de la tecnología y del negocio bancario a los puestos de trabajo, la Dirección del Grupo Banco Popular continuará dedicando los recursos económicos, técnicos y humanos necesarios para que la actividad formativa continúe respondiendo a estas exigencias.

11. La Dirección del Grupo Banco Popular respetará todos los compromisos que, a la fecha del presente documento tengan contraídos los Bancos Integrados con las distintas Secciones Sindicales, sin menoscabo de que se establezca de mutuo acuerdo el nuevo marco, que regirá con carácter transitorio durante la vigencia del presente protocolo, en materia de créditos horarios y garantías sindicales incluyendo los derivados de la aplicación y desarrollo de la L.O.L.S. Estos compromisos se mantendrán en los respectivos ámbitos territoriales, hasta tanto se promuevan nuevos procesos de elecciones sindicales a iniciativa sindical.

A partir de la fusión actuará el Comité de Seguridad y Salud de Banco Popular, sin menoscabo de que transitoriamente se adopten los acuerdos necesarios con la representación sindical para efectuar una

transición efectiva de la información y experiencia acumulada en los CESS de los Bancos Fusionados, como mejor garantía de la labor preventiva que debe continuar realizando el CESS de Banco Popular.

12. Con motivo de la fusión, se acuerda la creación de una medida específica de reconocimiento directo a las personas de la plantilla de su vinculación con el Grupo Banco Popular entendiendo que la permanencia en el mismo de manera ininterrumpida es una demostración patente de aquella.

Esta medida consiste en el establecimiento de Días adicionales de libranza en premio de la fidelidad y vinculación con el Grupo que se podrán disfrutar con motivo del cumplimiento de un número determinado de años, según la siguiente tabla:

AL CUMPLIR EN EL GRUPO/ DÍAS de libranza

(...)

A los efectos de la aplicación de esta medida, se tendrán en cuenta los siguientes aspectos:

- Se considerará el último período trabajado de manera continuada y sin interrupciones en cualquiera de las sociedades del Grupo que se detallan en anexo.
- En el cómputo de este período se incluirán las excedencias Concilia y las excedencias para cuidado de hijo menor o dependiente así como aquéllas que contemplen el cómputo de antigüedad durante su vigencia, no siendo computable ningún otro tipo de excedencia.
- Sólo se tendrá derecho a los días de libranza en caso de cumplimiento de los correspondientes aniversarios (10, 15, 20, 25, 30, 35, 40, 45 y 50 años).
- Deberá solicitarse a partir de la fecha en que se cumple el aniversario y disfrutarse, como máximo, dentro de los 12 meses naturales siguientes a la fecha de cumplimiento. Excepcionalmente aquellos empleados en los que el año de cumplimiento del período sea el actual (2008) podrán disfrutar del beneficio de esta medida en el transcurso del año 2009.
- En todos los casos, los días que correspondan deberán tomarse de manera ininterrumpida.
- Las fechas deberán determinarse de mutuo acuerdo entre el empleado/a y la dirección de la oficina o centro de trabajo
- Excepcionalmente, aquellos empleados/as con, al menos, 25 de años de antigüedad en el Grupo, cuya edad sea igual o mayor a los 60 años o alcancen esta edad, sin haber disfrutado con anterioridad del beneficio de esta medida, podrán anticipar el disfrute de los 5 días de libranza, al poder tomarlos por una sola vez, en el año de su elección, sin tener que esperar, por tanto, a cumplir el siguiente quinquenio que corresponda según la tabla.

13. A partir de la firma del presente acuerdo se constituirá una Comisión entre las partes firmantes, con representantes de la Dirección y de las organizaciones sindicales, encargada de llevar a cabo el seguimiento del desarrollo de todo el proceso, facilitar la información que resulte precisa y suscribir, en su caso, los acuerdos necesarios para el desarrollo de este Protocolo. 14. El presente Protocolo entrará en vigor a partir de la fecha de su firma y se mantendrá vigente durante el plazo de dos años, pudiendo prorrogarse hasta la fecha en que se celebren las próximas elecciones sindicales. No obstante, podrá finalizar con anterioridad al plazo mencionado siempre y cuando, de común acuerdo entre las partes, así se acuerde o desde el momento en que se establezca otro que lo sustituya. Si transcurrido el periodo de vigencia no se hubiera concluido el proceso de fusión por lo que al personal se refiere, las partes firmantes, de mutuo acuerdo, podrán prorrogar su vigencia de 6 meses en 6 meses hasta su culminación.

15. Las representaciones firmantes reiteran su firme propósito de realizar los mayores esfuerzos para llevar a cabo las acciones necesarias que permitan culminar con éxito el proceso de fusión, en lo que se refiere a las plantillas y dentro del plazo de vigencia de este documento.

16. El presente Acuerdo Marco, constituye un todo unitario que globalmente representa una mejora para el colectivo de empleados de los Bancos incursos en el proceso de fusión (Popular, Castilla, Crédito Balear, Galicia y Vasconia). A este Protocolo, se incorporarán, en caso de producirse, cualquier acuerdo futuro que pudiera alcanzarse entre la Dirección del Grupo Banco Popular y las representaciones sindicales, siempre y cuando esté relacionado con este proceso de Fusión, pasando a formar parte del mismo desde el momento en que se alcance. Los firmantes de este Protocolo valoran positivamente el proceso de participación y diálogo iniciado con este acuerdo y se comprometen a que el desarrollo del proceso continúe apoyándose en los

misimos principios, agotando todas las posibilidades constructivas y de diálogo, como mejor medio de asegurar un marco de relaciones laborales presidido por la normalidad.

Y en prueba de conformidad con cuanto antecede, y para así cumplirlo de buena fe, suscriben este acuerdo con la representación que cada uno de los firmantes ostenta y queda indicada, en el lugar y fecha expresados en el encabezamiento.

¹⁸⁰⁵ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 347.

¹⁸⁰⁶ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 347, donde precisa lo siguiente: “En la práctica moderna no ha sido infrecuente redactar documentalmente los pactos por lo que deba regirse la fase de negociaciones. Ocurre sobre todo en las negociaciones de contratos de gran envergadura económica. Los contratos rectores de la fase negociadora comienzan bosquejando o delineando el contrato que las partes que la partes pretenden negociar y sus líneas centrales”.

¹⁸⁰⁷ Destaca DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*La existencia del contrato*), pp. 183-184, que “la relación entre contrato y documento para integrar la perfección o formación del contrato puede examinarse también con independencia de las negociaciones. Por regla general, nosotros entendemos que la documentación o formalización (...) es un trámite posterior o *renovatio contractus*. Sin embargo probablemente las cosas no son tan sencillas. En el Derecho español erige el principio de libertad de forma y el contrato existe desde que el consentimiento ha sido manifestado sin necesidad de ningún tipo de documentación por escrito de la declaración de las partes. Naturalmente, en aquellos casos en que, excepcionalmente, la ley exige una documentación escrita, o una documentación notarial, para que el contrato quede celebrado como requisito ineludible, el contrato sólo quedará formado cuando tal documentación se haya realizado. El problema, sin embargo, se plantea en aquellos casos en que las negociaciones de las partes han tendido a establecerse en una documentación. En casos como estos, las soluciones teóricamente posibles siguen siendo las mismas que en lo demás casos. El contrato se celebra desde el momento en que se manifiesta la voluntad conforme y concorde de las partes de quedar vinculadas por lo que hayan declarado, y el documento es un elemento posterior al que esas declaraciones se incorporan, llevándose así a cabo lo que se puede denominar estrictamente la “documentación del contrato”; o, es posible también, que de acuerdo con la propia voluntad de las partes, estas hayan, expresa o tácitamente entendido o manifestado, que sólo sería entre ellas verdadera voluntad contractual entendida como asentimiento para obligarse aquella que se presta en el momento de la suscripción del documento”.

¹⁸⁰⁸ Sobre la aceptación tácita DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 375.

¹⁸⁰⁹ A la que parece referirse la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de diciembre de 2012, “no consta la existencia de una verdadera oferta vinculante, sino de simples tratos preliminares”.

¹⁸¹⁰ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 333.

¹⁸¹¹ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 414, afirma lo siguiente: “Hasta aquí hemos pensado que la fase de negociaciones y de tratos previos se cierra, prescindiendo de los supuestos de ruptura o de desistimiento, con la celebración del contrato definitivo. Ocurre en ocasiones que las cosas no se adaptan los esquemas, y que las negociaciones pueden avocar a acuerdos parciales o acuerdos que preparan el contrato definitivo”.

¹⁸¹² STS, Sala Primera, de lo Civil, de diecinueve de febrero de 2014; LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), p. 97, indica que “el primer problema que se plantea en relación con os protocolos, en general, es fijar el alcance de los mismos; es decir, determinar si general algún tipo de obligación, así como la índole de ésta, o si no pasan de ser un mero proyecto”.

¹⁸¹³ Señala DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*La existencia del contrato*), p. 186.

¹⁸¹⁴ Como afirma SIMÓN MARCO, J., “*Las cláusulas de common law en los contratos sometidos a la ley española*”, Revista Práctica de Derecho (CEF), núm. 169, febrero 2015, p. 67-68, en la perspectiva del common law, “las afirmaciones de las partes formuladas en las manifestaciones y garantías pueden servir de base a reclamaciones sobre la base del misrepresentation (manifestación fallida) y pueden dar lugar a la resolución del contrato con devolución de aportaciones (*restitutio in integrum*) o incluso a compensación de daños si el misrepresentation tuviera un carácter fraudulento. En caso de que se diera una garantía falsa, que no tenga carácter de término esencial del contrato (*condition*), la parte perjudicada podía reclamar tan solo los daños producidos. Las partes buscarán en la negociación obtener el mayor número de manifestaciones y garantías por parte de la otra, y una mayor amplitud y extensión de las mismas. Para evitar asumir riesgos innecesarios, las partes pueden evitar realizar extensos listados de manifestaciones y garantías permitiendo el examen, con mayor o menos intensidad, de la situación jurídica objeto del contrato (...) a través de los denominados proceso de *due diligence* (...). Las “manifestaciones y garantías” son cláusulas de importación relativamente

reciente en la práctica contractual española, procedentes de los modelos de contractuales de common law. No hay normas ni en el Código Civil ni en otros textos normativos que se ocupen de ellas, pero hay una nutrida jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las mismas. Se las podría caracterizar, de modo general, como proposiciones relativas a hechos pasados o presentes, a creencias sobre hechos pasados, presentes o futuros, o predicciones de eventos futuros y que un contratante (...) hace y dirige a la otra parte, con la intención de que tengan efecto jurídico, en principio favorable a la segunda”, señalando como grandes tipos de contenidos de semejantes “manifestaciones y garantías” : a) Promesas de conducta futura (...) o garantía de ciertos hechos, resultados o contingencias futuras; b) Declaraciones (...) acerca de la existencia o subsistencia de ciertos hechos, pasados o presentes; c) Declaraciones (...) por la que se manifiesta una creencia en ciertos eventos o estados del mundo en el futuro; d) declaraciones acerca del valor y transcendencia de las propias manifestaciones ya garantías o de algunas de ellas (que se podrían considerar meta-manifestaciones); En el mismo sentido CARRASCO PERERA, Á, op. cit. (*Las cartas de intenciones*), pp. 257 ss.; Así afirma la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de Junio de 2000, que “la conducta censurable del Estado no se agota en que obró sin la necesaria buena fe, ya que la sentencia sienta que concurrió dolo, que apoya en el “factum” demostrado para decretar que la trasgresión se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuricidad del acto, al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia de apertura, y ofrecer a la parte compradora unas “garantías y seguridades” que, al ser inexistentes, maliciosamente resultaron sustraídas y autorizan a contemplar dolo incidental, que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados, conforme al artículo 1270 del Código Civil, en relación al 1104 (...). Habiéndose sentado actuación incumplidora contractual contraria a la buena fe y dolosa en la vendedora, el resarcimiento indemnizatorio, partiendo del principio general reparador que proclama el artículo 1101 del Código Civil, hace aplicable el artículo 1107 en relación al apartado final del 1270. Se ha de responder de todos los daños y perjuicios, es decir se trata de un resarcimiento pleno de los que resulten conocidos y provengan de la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas. El Estado no solo no había obtenido la licencia al tiempo del contrato, sino que mantuvo su conducta incumplidora con persistencia, pues denunciada la situación por la entidad demandante, ya celebrado el negocio, ninguna actuación positiva y subsanadora llevó a cabo, lo que obligó a la compradora a asumirlas y hacerse cargo de las obras y actuaciones a las que se supeditó la concesión de la licencia y el importe correspondiente a fijar en ejecución de sentencia que reclama, asistiéndole el suficiente derecho. El valor de las obras ha de referirse a las estrictamente precisas para conseguir el fin que las justifica, es decir la concesión de la licencia y, por ello, han de excluirse todas aquellas, que aunque conste su realización, no responden a dicho objetivo, lo que elimina situación de enriquecimiento injusto, pues correspondía al Estado haber acometido las obras de referencia y llegar así a la celebración del contrato por caminos de buena fe, es decir, contando con los permisos municipales debidamente otorgados, y esto le imponía el haberlos obtenido previamente”; También aluden materialmente a las manifestaciones y garantías las SSTS, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de marzo de 1999, 18 de diciembre de 1999, 11 de julio de 2000, 19 de enero de 2001, 19 de julio de 2004, 1 de septiembre de 2006, y 8 de octubre de 2013.

¹⁸¹⁵ CARRASCO PERERA, Á, op. cit. (*Las cartas de intenciones*), p. 122.

¹⁸¹⁶ CARRASCO PERERA, Á, op. cit. (*Las cartas de intenciones*), pp. 122-123, en la que indica que “ello se consigue de cinco maneras. En primer lugar, mediante la sustitución de aserciones de conductas futuras por cláusulas meramente desiderativas u optativas, que impidan que puedan surgir en el ánimo del destinatario cualquier confianza de que el declarante mantendrá su palabra como vinculante. En segundo lugar, mediante la deliberada indeterminación de lo que podría ser objeto de compromisos futuros, para que una pretensión de cumplimiento contractual fracase, a tenor del art. 1273 CC. En tercer lugar, mediante la aposición expresa de sucesos que se diseñan como condiciones suspensivas del acuerdo o del compromiso. Cuarto, mediante el reconocimiento a una o ambas partes del más amplio derecho de desistimiento de ejercicio discrecional. Por último, mediante la suscripción de una cláusula “vinculante”, por la que se declara que el resto (o parte de ellas) de las declaraciones no son vinculantes”.

¹⁸¹⁷ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*), p. 348.

¹⁸¹⁸ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*), p. 414, precisa que “entre nosotros, ha sido usual situar dentro de ésta rúbrica únicamente la figura del llamado precontrato, que fue construido por la doctrina alemana recibido en la nuestra desde los años treinta del siglo pasado”; GUIDO ALPA, “Il contratto nel common law inglese”, Padua 2005, p. 69.

¹⁸¹⁹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 438, en op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 197-198, indica que “atendiendo a la práctica de las fusiones y a los datos que se desprenden de la normativa jurídica, si no expresamente, sí desde un planteamiento de lógica y aún conveniencia, hay que estimar que los protocolos de fusión no son únicamente mero reflejo o documentación de simples conversaciones. Al otorgarlos está en la intención de las partes, o la menos de una de ellas, el hacer nacer a cargo a la otra parte verdaderas obligaciones. En esencia, la obligación

de no retractarse de los acuerdos iniciales a los que se llegue en el curso de las negociaciones, que continúan, y que pueden versar sucesivamente sobre temas diversos (...). No obstante, es preciso observar que tales obligaciones no derivan de la firma de los documentos que nos ocupan por los promotores de la fusión sino del deber de mantener un comportamiento leal y correcto en el curso de las negociaciones, de conformidad con el principio general de buena fe”; Precisa la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de enero de 2008, que “la culpa in contrahendo, a su vez, nace de la ruptura injustificada de unos tratos previos que han producido un daño probado a una de las partes, naciendo para la que ha ocasionado la ruptura la obligación de repararlo, basada en el artículo 1902 de la Código civil siempre que le sea imputable la misma”; “Es cierto que la presencia de mala fe puede generar responsabilidad “incontrahendo” (sentencias núm. 527/1999, de 14 junio , y núm. 403/2009, de 15 junio , entre otras)”, indica la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de diciembre de 2012.

¹⁸²⁰ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*), p. 348.

¹⁸²¹ Las partes “no piensan en futuros procesos a la hora de estampar por escrito sus estipulaciones, y en este sentido se dice que la prueba documental tiene carácter preconstituido, pero lo cierto es que de tenerse que llegar al proceso, el documento es un magnífico instrumento para formar la convicción del juez”, afirman MONTERO AROCA, J, GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILLAR, S, op. cit. (*Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*), p. 297.

¹⁸²² Indica DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*La existencia del contrato*), pp.179-180, que el artículo 1254 CC “dice que el contrato existe desde que dos o más personas consienten en obligarse, respecto de una u otras, a dar alguna cosa o a prestar algún servicio; y el artículo 1258 enuncia otra vez la regla de la consensualidad, diciendo categóricamente: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento”. Volviendo un momento al artículo 1254, no será difícil descubrir que el él se juxtaponen dos cosas distintas: que dos o más personas consientan y que este consentimiento tenga por finalidad obligarse. Consentir puede entenderse como la coincidencia de la voluntades o de los intentos de cada una de las partes sobre determinados puntos, lo que, frecuentemente, se expresa con la idea de “acuerdo”. Las partes están de acuerdo, pero, además, deben haber manifestado su voluntad de obligarse, que es erigir o elevar ese acuerdo al rango de regla rectora de su posterior comportamiento: comprometerse, respondiendo de ello, a que lo que el contrato prevé quede en el futuro realizado. Naturalmente no serán difíciles de descubrir casos en que personas que se ponen de acuerdo, excluyen su obligatoriedad si se la puede llamar así (...). La pregunta es así cuando (bajo qué condiciones o con qué requisitos) las partes manifiestan una voluntad de quedar obligadas. Se puede dar a esta pregunta una respuesta que sea absolutamente consensualista y que añada, además, que basta el acuerdo sobre lo que, según el modelo legal y escolástico, se consideren requisitos esenciales del contrato (p. ej. La cosa y el precio), pero me parece que es una simplificación excesiva”.

¹⁸²³ CARRASCO PERERA, Á, op. cit. (*Las cartas de intenciones*), p. 125.

¹⁸²⁴ CARRASCO PERERA, Á, op. cit. (*Las cartas de intenciones*), p. 125, afirma que “la firma de la carta por su autor impulsa el procedimiento y crea la ocasión para que puedan producirse los consentimientos sucesivos (del consejo de administración, de la junta de accionistas, de la Administración pública, de las autoridades encargadas del Derecho de la Competencia, etc.), aunque se suyo no tiene, ni las partes quieren, un efecto vinculante limitado a las partes que la suscriben. Al mismo tiempo, la firma o firmas iniciales garantizan que el procedimiento se está llevando con la necesaria seriedad como para que sea razonable procurarse dichos consentimientos necesarios”.

¹⁸²⁵ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*), pp. 347-348, que precisa lo siguiente: “Como las partes tienen la intención de celebrar el contrato, a esos pactos o acuerdos se lea ha llamado en algunas ocasión “acuerdos de intenciones”, que son contratos destinados a normar la fase negociadora y a establecer los recíprocos derechos y obligaciones de la partes dentro de ella. Las partes no tienen la obligación de celebrar el contrato y pueden, en cualquier momento, finalizar la negociación del modo que estimen más acorde a sus intereses. Sin embargo, es habitual que se obliguen a negociar de buena fe y a facilitar la información necesaria para que la otra parte contratante pueda adquirir un conocimiento preciso del objeto del contrato y de sus circunstancias. Es usual asimismo, establecer un pacto de confidencialidad u obligación de no revelar la existencia de la negociación y un pacto de no negociar con terceras personas. Es habitual que exista algún depósito de cantidad o suma de dinero y que se establezca el alternativo destino que a tal cantidad haya de darse, según que el contrato que se negocia llegue o no a celebrarse, por la vía de una cláusula penal”.

¹⁸²⁶ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 438.

¹⁸²⁷ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), pp. 438-439, que añade lo siguiente: “En último término, el proyecto de fusión será sometido para su firma a todos los administradores quienes ala hacerlo, asumen la autoría del referido documento en tanto integrantes del órgano social de administración”.

¹⁸²⁸ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*), p. 348.

¹⁸²⁹ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*), p. 348, que precisa lo siguiente: “En los casos en que existan tales “acuerdos de intenciones” o contratos rectores de la negociación, el fundamento de la responsabilidad precontractual tiene un claro carácter contractual, aunque el contrato rector, como todos los contratos ex art. 1258 CC, haya también de integrarse con los deberes y obligaciones dimanantes del uso y la buena fe”.

¹⁸³⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de abril de 2008.

¹⁸³¹ Distinguen, entre precontrato, también llamado contrato preliminar o preparatorio, o “pactum de contrahendo”, por el cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, de los “pactos preliminares”, las SSTS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de mayo de 2009, y 8 de mayo y de 16 de diciembre de 2008, en términos de ésta última sentencia se muestra evidente que la calificación como precontrato de los actos y declaraciones de voluntad ejecutados o emitidas por las partes litigantes es errónea y, por tal, revisable en casación, no sólo por lo que se dirá después sobre la inexistencia de consentimiento, sino también porque lo que las dos partes querían no era quedar obligadas a celebrar un contrato de difusión en el futuro ni atribuirse la facultad de poner en vigor en un momento posterior un contrato de esa clase que hubieran proyectado, sino – según los propios datos fácticos admitidos en la instancia - perfeccionar y poner en funcionamiento inmediatamente un negocio jurídico de naturaleza publicitaria”; Precisan las SSTS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de mayo de 2008 y 24 de julio de 1998 que “la esencia del llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o “pactum de contrahendo” es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho con frase gráfica, consiste en un “quedar obligado a obligarse””.

¹⁸³² SSTS, Sala Primera, de lo Civil, de 13 de octubre de 2005 y 8 de febrero de 2010, cuyo contenido literal, en lo que aquí interesa es el siguiente: “El llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o “pactum de contrahendo” bilateral de compraventa tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior (SSTS de 23 diciembre de 1995; 16 de julio 2003 , entre otras), cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de ambas partes contratantes. Supone, por tanto, el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos, como dice la Sentencia de 3 de junio de 1988, en los que las partes, a partir de acuerdos vinculantes, tratan de configurar esos elementos esenciales del contrato, que no existen jurídicamente hasta ese momento y que sin ellos no sólo no sería posible cumplimentar de forma obligatoria lo que todavía no existe, sino que permitiría a los interesados desistir de estos tratos, sin más secuelas que las que pudieran resultar de la aplicación del artículo 1902 CC caso de abrupta e injustificada separación de la fase prenegocial, según establecen entre otras las Sentencias de 26 de febrero y 19 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1999 . No obsta a esta calificación que no hayan quedado determinados los elementos instrumentales o complementarios del mismo, cuando es perfectamente posible hacerlo en un momento posterior”.

¹⁸³³ “El precontrato es el proyecto de contrato en el sentido de que las partes, por el momento, no quieren no pueden celebrar los contratos definitivos y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro (sentencia de 4 de julio de 1991), conteniendo ya los elementos del contrato definitivo, pero cuya perfección las partes aplazan (sentencia de 3 de junio de 1994); es ya un contrato completo, que contiene sus líneas básicas y todos los requisitos, teniendo las partes la obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo (sentencia de 23 de diciembre de 1995); la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado (sentencia de 11 de mayo de 1999). Siendo de destacar (lo que recoge la sentencia de 11 de abril de 2000 en un caso de precontrato unilateral) que es esencial, en su concepto, el que “no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente, sin necesidad demás actos, lo que la diferencia del pactum de contrahendo” (tal como dicen literalmente las sentencias de 23 de diciembre de 1991 y 17 de marzo de 1993 y reiteran las de 16 de octubre de 1997 y 15 de diciembre de 1997)”, precisa la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de enero de 2008.

¹⁸³⁴ Cuya construcción no es pacífica pero que tendría, en nuestro ordenamiento, según la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de febrero de 2010, sólido apoyo en el art. 1902 CC.

¹⁸³⁵ PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, v. I), p. 218.

¹⁸³⁶ SSTS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de febrero de 2010, 16 de diciembre de 1999, 26 de febrero y 19 de julio de 1994.

¹⁸³⁷ Díez-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 416, que precisa, “puesto que supone la existencia de esa concorde voluntad de las partes. Lo único que ocurre es que esa concorde voluntad de las partes, asigna al acuerdo entre ellas existente una para función preliminar o preparatoria del contrato que en definitiva se establecerá o podrá establecerse”; “El precontrato ya es en sí mismo un auténtico contrato que tiene por objeto celebrar otro en el futuro, conteniendo el proyecto o ley de bases del siguiente”, precisan la SSTS., Sala Primera, de lo Civil, de 16 de julio de 2003, 25 de junio de 1996 y 19 de julio de 1994; En términos de las SSTS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de noviembre de 2005 y 24 de julio de 1998, “la esencia del llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o “pactum de contrahendo” es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho con frase gráfica, consiste en un “quedar obligado a obligarse”.

¹⁸³⁸ Díez-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 558.

¹⁸³⁹ PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, v. I), pp. 219-220, que indica en ésta última página que “en realidad, es fácil percibir que contraposición entre ambas clases de culpa. In contrahendo y post contrahendum, responde a un paralelo que sólo existe en sus respectivas denominaciones, a no ser que se pretenda alcanzar la visión profunda de que la responsabilidad contractual no es radicalmente diferente de la extracontractual”.

¹⁸⁴⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 199-201, tras indicar que “el protocolo inicial no es un contrato condicionado suspensivamente (...). En principio, parece que ofrece algunas de las características del contrato imperfecto o defectuoso pendiente de ratificación (...), también podría ser considerado como una fase más dentro del procedimiento de formación del proyecto de fusión (...). Incluso se ha propugnado asimilar al protocolo de fusión con la promesa de matrimonio o con una promesa de sociedad, “es la categoría del “precontrato” la que parece reunir las notas características del protocolo inicial de fusión”. Las circunstancias que concurren para aventurar esa propuesta son varias: en el supuesto de la fusión, al protocolo inicial le sucederá el futuro proyecto de fusión; el citado proyecto es, como puede ser también el precontrato, un documento que recoge un acuerdo a mitad de las negociaciones; en uno y otro se fijan los elementos esenciales del futuro negocio, y (...), el protocolo inicial se transformará quizá en un negocio definitivo, el de fusión”, concluyendo en pp. 209-210, la “delimitación del protocolo inicial de fusión con respecto a la categoría jurídica del precontrato mediante un sucinto análisis de los requisitos que ésta debe reunir para su validez y plena eficacia jurídica. A este respecto hay que destacar varios factores o datos que concurren en relación al protocolo inicial de fusión: -En el protocolo inicial figuran datos y cláusulas que luego no serán trasladadas al proyecto de fusión, -además, el referido protocolo no tiene por objeto la conclusión del negocio definitivo, lo que es exigido para la caracterización de un supuesto como precontrato, -A lo que cabe añadir que el consentimiento referido por los signatarios al protocolo inicial no es suficiente sino que, al final del procedimiento, se producirá una nueva declaración de voluntad en el acto de otorgamiento del proyecto de fusión. Lo cual nos permite concluir (...) que para la caracterización jurídica de los protocolos de fusión en general y del protocolo inicial en particular, es preciso atender ante todo a la voluntad de las partes”; BAUDEU, G., “*Protocoles et traités de fusion*”, Lib. Tech., Paris 1968, pp. 24-35, 168 ss. y 145-146.

¹⁸⁴¹ BAUDEU, G., op. cit. (*Protocoles et traités de fusion*), p. 22

¹⁸⁴² La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de octubre de 2005, en línea con la doctrina jurisprudencial consolidada, diferencia el precontrato de compraventa del definitivo, constituyendo el precontrato “una primera fase del iter contractus: la relación jurídica obligacional nace en aquél y posteriormente, de común acuerdo o por exigencia de una de las partes, se pone en vigor el contrato que había sido preparado. Así, se distinguen dos fases: la primera, el precontrato que es distinto del contrato y no produce los efectos de éste, como pudiera ser la transmisión de la propiedad, sino sólo el que las partes pueden exigirse el paso a la fase segunda, que es la celebración del contrato preparado y es éste el que producirá los efectos que le son propios. Distinción entre el precontrato consistente en la promesa de venta y el contrato de compraventa que han seguido con clara precisión las Sentencias de 11 de octubre de 2000, 20 de abril de 2001 y 31 de diciembre de 2001”.

¹⁸⁴³ Afirma DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*), p. 332: “Con frecuencia, sin embargo, los contratos constituyen operaciones de una cierta envergadura y las partes contratantes necesitan de un período de tiempo para deliberar para discutir las condiciones y para establecer, partiendo de sus iniciales posiciones, el acuerdo al que llegan. Puede decirse entonces que el contrato se va formando ex intervalo temporis. Hay un período que puede ser más o menos prolongado de tiempo en el cual las partes discuten, deliberan y elaboran lo que habrá de ser para ellas una reglamentación de autonomía privada. En todos los casos en que la formación del contrato se produce ex intervalo temporis, se puede hablar de una formación progresiva o sucesiva del contrato. La formación del contrato no es entonces consecuencia de un solo acto, sino de una serie de actos”.

¹⁸⁴⁴ SSTs, Sala Primera, de lo Civil, de 13 de noviembre de 2009, de 30 de enero de 2.008, de 14 de diciembre de 2.006 y de 25 de octubre de 2.005.

¹⁸⁴⁵ ALLAN FARNSWORTH, E., “*On contracts*”, v. I, Boston-Toronto-Londres 2008, p. 286

¹⁸⁴⁶ DIEZ-PICAZO, L., op. cit. (*La existencia del contrato*), pp. 186-187.

¹⁸⁴⁷ DIEZ-PICAZO, L., op. cit. (*La existencia del contrato*), p. 187.

¹⁸⁴⁸ DIEZ-PICAZO, L., op. cit. (*La existencia del contrato*), pp. 187-188.

¹⁸⁴⁹ Siguiendo a DIEZ-PICAZO, L., op. cit. (*La existencia del contrato*), pp. 187-188

¹⁸⁵⁰ DIEZ-PICAZO, L., op. cit. (*La existencia del contrato*), pp. 187 y 188.

¹⁸⁵¹ BIANCA, C. M., “*Diritto Civile*” t. 3, Il contratto, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pág. 162.

¹⁸⁵² MONTOYA MELGAR, A., “*La buena fe en el Derecho del Trabajo*”, Discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2001, pp. 9-10., que añade, “entre los denominados “criterios éticos de validez jurídica”, que imponen la sujeción de la norma positiva a principios superiores a ella, se encuentra sin duda el principio general de buena fe (...). a través de este principio general se impone “un modelo o arquetipo de conducta social, basado en “la rectitud y la honradez”. Con ello se atiende a la “unidad del orden moral”, integrado tanto por normas morales como jurídicas (...); el Derecho se identifica así, en tanto categoría moral, con la justicia; Como se lee en la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que sancionó legalmente el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, la enunciación de la buena fe como “postulado básico” del Ordenamiento “representa una de las fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico””.

¹⁸⁵³ PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil, t. II, v. I*), p. 352; “La invocación de la buena fe significa que, en lo no previsto por las partes, los derechos y deberes de cada una son los que se deducen de la equidad y el mayor equilibrio de intereses”, afirma LACRUZ BERDEJO, J. L., op. cit. (*Manual de Derecho Civil*), p. 660; Precisa DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*), p. 60 “Las normas que hacen alusión a la buena fe pueden clasificarse en tres grupos diversos. A) En un primer grupo de textos legales, la buena fe es considerada como “ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho”(…). b) En un segundo grupo de casos, buena fe significa confianza en una situación jurídica objetiva (...). c) En un tercer aspecto, buena fe significa fundamentalmente rectitud y honradez en los tratos y supone un criterio o una manera de proceder a la cual la partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos”, añadiendo en p. 61 que “la buena fe es lo que se ha llamado un “estándar” jurídico o un modelo de conducta, que sería aquella conducta social que la conciencia social exige en cada caso conforme a un imperativo ético dado. Se trata, indudablemente, de la introducción de normas de origen ético en el campo estricto del Derecho. Sin embargo, al lado de esa buena fe que ha sido considerada objetivamente, no debe perderse de vista que la idea de la buena fe posee también un sentido subjetivo: la disposición de cada una de las partes, la actuación leal y honrada y la confianza que la otra parte puede tener en un determinado tipo de acciones”; A la buena fe aluden los artículos 7.1 y 1258 CC, según el artículo 7.1: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”, y según el artículo 1258, “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Al tenor del artículo 242 el BGB, titulado “Ejecución de buena fe”: “Un deudor tiene el deber de ejecución según los requisitos de buena fe, habida cuenta de práctica consuetudinaria”, y al tenor de los artículos 1337 y 1375 del Código Civil italiano de 1942, “Las partes, en el desarrollo de los tratos preliminares y en la formación del contrato, deben comportarse según la buena fe” y “El contrato debe ser cumplido conforme a la buena fe”, y según el artículo 762.2 del Código Civil portugués, “En el cumplimiento de las obligaciones, así como en el ejercicio de los derechos correspondientes deben la partes proceder de buena fe”;

Indica la jurisprudencia que “la persona que carece de buena fe no es tanto el que procede lejos de la recta moral, sino simplemente el que sabe que no le corresponde el derecho, es decir que conoce que el título no justifica el mismo” (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de julio de 2014), “las alegaciones del principio de buena fe contractual, ya como base de la interpretación integrativa, o bien como parámetro de conducta a seguir (1258 del Código Civil), se proyectan como una valoración o enjuiciamiento lógico del plano de cumplimiento o ejecución de los contratos y, en su caso, del acto de ejercicio de un derecho subjetivo” (STS, Sala Primera, de lo Civil de 17 de Enero de 2014), “no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido” (STS, Sala Primera, de lo Civil de 12 de Diciembre de 2013), “la buena fe forma parte de la normalidad de las cosas (“quod plerumque accidit”), o tiene la consideración de condición general en contraposición a las condiciones específicas de existencia de los negocios o relaciones jurídicas, que constituyen pautas de singular interés para configurar la distribución del “onus probando”” (STS, Sala Primera, de lo Civil de 3 de Octubre de 2013), “la buena fe a que se refiere el art. 1258 CC se proyecta sobre lealtades y fidelidades recíprocas, siendo su elemento fundamental la protección de la confianza y exigiendo el cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida” (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de Enero de 1980, 21 de Septiembre de 1987, 20 de Febrero y 7 de Diciembre de 2000; 30 de Enero de 2003 y 27 de Junio de 2013).

¹⁸⁵⁴ HATTENHAUER, H., “*Conceptos fundamentales del Derecho Civil*”, Editorial Ariel S. A., Barcelona, 1987, p. 91.

¹⁸⁵⁵ DE CASTRO, F., op. cit. (*El Negocio Jurídico*), p. 60.

¹⁸⁵⁶ La doctrina de los más relevantes representantes de las escuelas de filosofía moral moderna (Francisco Suárez, Hugo Grocio, Samuel Pufendorf y John Locke, pro la Escuela del Derecho natural, Gottfried W. Leibniz, Christian Wolf, Christian A. Crusius, Immanuel Kant, y Georg Wilhelm Friedrich. Hegel, por la rama germana de aquella escuela de filosofía moral, el Tercer Conde de Shaftesbury, F. Hutcheson, Joseph Butler y David Hume, por la escuela del sentido moral, Samuel Clarke, Richard Price y Thomas Reid, por la escuela de los institucionalistas racionales) “no difieren sobre el contenido de la moralidad, sobre lo que realmente son los primeros principios de los derechos, de los deberes, las obligaciones y demás. Ninguno de ellos dudó de que la propiedad debía ser respetada; todo ellos afirman la virtud de la fidelidad a las promesas y los contratos, de la veracidad, y la benevolencia”, afirma Rawls, J., “*Lecciones de historia de la filosofía moral*”, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona 2001, pp. 29-30.

¹⁸⁵⁷ LARENZ, K., “*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*”, pp. 95-96; LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), p. 198, alude a que las obligaciones que pueden surgir en esta etapa “no derivan de la firma de los documentos (...) por los promotores de la fusión sino del deber de mantener un comportamiento leal y correcto en el curso de las negociaciones, de conformidad con el principio general de buena fe que rige en toda etapa preparatoria de un negocio y cuya infracción acarrearía una responsabilidad pre contractual. De lo que resulta que si bien con los protocolos no se crea un vínculo contractual que dé lugar a obligaciones de carácter jurídico, no es menos cierto que tales documentos no son únicamente meras “declaraciones de intención””; BAUDEU, G., op. cit. (*Protocolos et traités de fusión*), p. 132.

¹⁸⁵⁸ PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil*”, t. II, v. I), p. 219.

¹⁸⁵⁹ En su sentido se pronuncia el Abogado General Sr. Melchor Wathelet, en las conclusiones 60-71, de las presentadas en el asunto C.343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho-Centro Local do Lis (ACT), el 12 de noviembre de 2014.

¹⁸⁶⁰ WHITTAKER, S. y ZIMMERMANN R., “*Good Faith in European Contract Law*”, Cambridge University Press, Cambridge 2000, pp. 39-48; CARTWRIGHT, J., “*Misrepresentation, mistake and non-disclosure*”, Sweet and Maxwell, London 2007, p. 537; BANAKAS, S., “*Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test*”, InDret 1/2009 (www.indret.com), pp. 4-8.

¹⁸⁶¹ Se precisa en el artículo 1245.2 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos, elaborada y presentada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

¹⁸⁶² Indica DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*) p. 213.

¹⁸⁶³ “El dolo es la realización consciente y voluntaria de un acto antijurídico”, señala DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*) p. 212; Precisa el artículo 1269 CC que “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”; Según el artículo 1300 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos, elaborada y presentada por la Sección de Derecho

Civil de la Comisión General de Codificación, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, Madrid, 2009: “1. Hay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento con palabras o maquinaciones insidiosas o mediante la ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado; 2. Para que haga anulable el contrato, el dolo deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes; 3. El dolo incidental solo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”.

¹⁸⁶⁴ Al “abuso de la circunstancias alude el artículo 44.1º del código civil holandés ; Asimismo Artículo 4:109 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I (Revisada), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando, que lleva por título: “ Beneficio excesivo o ventaja injusta”, establece lo siguiente: “(1) Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión:(a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y(b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo”; Se indica en el artículo 1301 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos, elaborada y presentada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, Madrid, 2009 lo siguiente: “Una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva sí, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión”.

¹⁸⁶⁵“En sentido amplio, la palabra dolo es sinónimo de mala fe, pero en sentido estricto significa la maquinación o artificio que sirve a uno de los contratantes para engañar al otro”, dice PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil*”, t. II, v. I), p. 92.

¹⁸⁶⁶ MORALES MORENO, A.M., “*Comentario a los artículos 1.265 a 1270 y 1484 a 1490*,” en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pp. 382, y 384-385; Según De CASTRO, op. cit. (*El Negocio Jurídico*), pp. 148, 150-151, el primer requisito del dolo que vicia la voluntad es la exigencia de “una conducta insidiosa y dirigida a provocar una declaración negocial, utilizando para ello las palabras y maquinaciones adecuadas”, precisando que el “dolo que vicia la voluntad ha sido caracterizado con las notas de “malitia” y mala fe (...) (es) distinto del delito civil (art. 1902) y el incumplimiento de obligaciones. No se requiere que exista una intención dañina o mal intencionada, y basta para tenerlo en cuenta con que la maquinación insidiosa ejerza tal influencia sobre quien declara, que su declaración no pueda como decisión propia de una persona libre y no engañada.- Por ello es indiferente la finalidad que se proponga conseguir el autor de las palabras o de la maquinación insidiosa, sea por broma, “para bien” del otro contratante o para obtener un beneficio injusto”.

¹⁸⁶⁷ “Si existiera mala fe no hablaríamos error, sino de un dolo”, afirma la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de mayo de 2014; “El error que precede a la formación de un contrato es una circunstancia sumamente peculiar, afirma DíEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I) p. 221, y sobre la relación ente dolo y error pp. 213-214; Destaca PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil*”, t. II, v. I), pp. 92-93, que el artículo 1269 CC pone de manifiesto que el dolo “se trata de un error provocado de manera voluntaria y consciente por el otro contratante”; En torno al error es relevante la contraposición de la doctrina indicada en las SSTs, Sala Primera, de lo Civil, de 2, 7 y 8 de julio de 2014; Según indica la STS, Sala Primera de lo Civil, de 4 de octubre de 2013: “El error, como vicio de la voluntad que da lugar a la formación de la misma sobre la base de una creencia inexacta y que precisa ser esencial (determinante de la voluntad declarada) e inexcusable (...) como así lo define la sentencia de 21 mayo 2007. Así, para que el error sea relevante para causar la invalidez(rectius, anulabilidad) del contrato son precisos los dos requisitos que enumera la sentencia mencionada y que se reitera en otras muchas, como las anteriores de 28 septiembre 1996, 21 mayo 1997, 30 septiembre 1999: la esencialidad y la inexcusabilidad. El error esencial implica una creencia inexacta que recae sobre un elemento fundamental del contrato. Y el error inexcusable significa que no pudo ser evitado empleando una diligencia media. Y este error esencial que recae sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, como dice el artículo 1266 del Código civil (...). Y que no sea inexcusable también ocurre cuando (...) de la conducta de los demandantes, (...), se deriva (...) que no tuvieron falta de diligencia, en atención a las circunstancias del caso, como dice la sentencia de 13 febrero 2007 y reiteran otras muchas. La sentencia, antes citada, de 28 septiembre 1996 dice, al respecto, recogiendo jurisprudencia anterior: “para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autoresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 del Código Civil; es inexcusable el error (sentencia de 4 de enero de 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorándolas

circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no solo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración”.

¹⁸⁶⁸ ROJO AJURIA, L., op. cit. (*El dolo en los contratos*), pp. 254-256.

¹⁸⁶⁹ ROJO AJURIA, L., op. cit. (*El dolo en los contratos*), p. 118.

¹⁸⁷⁰ ROJO AJURIA, L., op. cit. (*El dolo en los contratos*), p. 135, 138-139.

¹⁸⁷¹ ROJO AJURIA, L., op. cit. (*El dolo en los contratos*), p. 123, que añade: “Es preciso evitar el asimilar esta última a la causa de nulidad; no es la propia maquinación ilícita la que ocasiona la nulidad, sino el vicio del consentimiento que ha engendrado”.

¹⁸⁷² ROJO AJURIA, L., op. cit. (*El dolo en los contratos*), p. 125.

¹⁸⁷³ Indica el artículo 1245.4 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos, elaborada y presentada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

¹⁸⁷⁴ De CASTRO, F., op. cit. (*El Negocio Jurídico*), pp. 153-154.

¹⁸⁷⁵ ROJO AJURIA, L., op. cit. (*El dolo en los contratos*), p. 250.

¹⁸⁷⁶ ROJO AJURIA, L., op. cit. (*El dolo en los contratos*), p. 125.

¹⁸⁷⁷ ROJO AJURIA, L., op. cit. (*El dolo en los contratos*), p. 134, aludiendo, pp. 134-135, a que la “necesariedad de la responsabilidad precontractual demuestra que la aplicación de las normas de validez no asegura la realización de la justicia sustancia adecuada la buena fe de ambas partes, ni toda mala fe precontractual tiene que implicar la invalidez del negocio, ni la validez del negocio implica la existencia de buena fe en ambas partes y la ausencia de responsabilidad precontractual”.

¹⁸⁷⁸ ROJO AJURIA, L., op. cit. (*El dolo en los contratos*), p. 125.

¹⁸⁷⁹ DÍEZ-PICAZO, L., “*La doctrina del enriquecimiento injustificado*”, Discurso leído el día 14 de diciembre de 1987 en el acto de su recepción como Académico de Número, Madrid 1987, p. 108.; No obstante la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de junio de 2009, afirma que “solo cabe acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto como remedio residual, subsidiario, en defecto de acciones específicas, como factor de corrección de una atribución patrimonial carente de justificación en base a una relación jurídica preestablecida, ya sea una causa contractual o una situación jurídica que autorice al beneficiario a recibir la atribución (SSTS 29 de abril de 1998, 19 de febrero de 1999, 6 de junio de 2002, 28 de febrero de 2003, 6 de octubre de 2005, 3 de enero, 24 de abril y 19 de mayo de 2006, 22 de febrero y 4 de junio de 2007, entre otras). (...). Sin perjuicio de señalar que en el Derecho español no existe una *condictio sine causa generalis* y que el “enriquecimiento sin causa” no permite una revisión del resultado, más o menos provechoso para una de las partes, de los negocios llevados a cabo en relación con otras por razón de que hayan generado un incremento patrimonial que pueda entenderse desproporcionado con la contraprestación efectuada por la otra parte”; Los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll. European Law Publishers GmbH, Munich 2009, contienen una regulación completa sobre el enriquecimiento injustificado, al que dedican todo su libro VII (Unjustified enrichment), compuesto por siete Capítulos, arts. VII.-1:101 a VII.-7:103, y cuya proscripción enuncian en su apartado “35. Protection of security by the law on unjustified enrichment”.

¹⁸⁸⁰ Por más que sea difícil su construcción en base a nuestro derecho positivo, pero admitido por otros ordenamientos, ROJO AJURIA, L., op. cit. (*El dolo en los contratos*), p. 251; Prohíben la obtención de cualquier injusta, desigual o indebida ventaja los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR), a lo que dedican su apartado “43. No taking of undue advantage”, y especialmente su artículo “II. – 7:207: Unfair exploitation”.

¹⁸⁸¹ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*) p. 119.

¹⁸⁸² Sobre el tema De CASTRO, F., op. cit. (*El Negocio Jurídico*), pp. 154-155.

¹⁸⁸³ ROJO AJURIA, L., op. cit. (*El dolo en los contratos*), p. 140, donde añade que “se plantean dos hipótesis posibles: dos ilícitos precontractuales de idéntica gravedad. El primer caso, dolo recíproco, o mejor, las responsabilidades se compensan recíprocamente. Aunque el efecto es el mismo que en el dolo vicio (art. 1270 Cc), el fundamento es distinto (...). Más problemático es el segundo supuesto: concurso de dolo y negligencia de la víctima”.

¹⁸⁸⁴ Aplicando el criterio expuesto en el artículo 4:109, titulado “Beneficio excesivo o ventaja injusta”, de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando, según el cual: “(1) Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión: (a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y (b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo. (2) A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual. (3) La parte a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede igualmente solicitar del juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella; DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), pp. 217-219.

¹⁸⁸⁵ CUADRADO PÉREZ, C., “Oferta, aceptación y conclusión del contrato”, *Studia Albortonia*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, pág. 46, que añade “con el término “buena fe” se alude, en abstracto, al comportamiento del operador serio y leal, que será diverso según el tipo de contratación que contemplemos y según la época en que nos hallemos”.

¹⁸⁸⁶ PERALES VISCASILLAS, M. P., “El derecho uniforme del comercio internacional: Los Principios de Unidroit (*Ámbito de aplicación y disposiciones generales*)”, *RDM*, n° 223. 1997, pp. 221-297.

¹⁸⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 334.

¹⁸⁸⁸ La Sección 3, del Capítulo II, de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando, se titula, gráficamente, “Responsabilidad en las negociaciones”.

¹⁸⁸⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Configuración básica del contrato internacional”, en *Curso de contratación internacional*, (Alfonso Luis Calvo Caravaca; Javier Carrascosa González, Dir.), Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 116.

¹⁸⁹⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op. cit. (*Configuración básica del contrato internacional*), p. 116.

¹⁸⁹¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll. european law publishers GmbH, Munich 2009.

¹⁸⁹² Parar confirmarlo basta con atender a tabla concordancias y discrepancias respecto de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), contenidas en los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR).

¹⁸⁹³ Proporcionando en su Anexo I las siguientes nociones de buena fe en sentido subjetivo y objetivo: a) “Good faith” is a mental attitude characterized by honesty and an absence of knowledge that an apparent situation is not the true situation; b) “Good faith and fair dealing” is a standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. (I. – 1:103); Artículo I. - 1:103: Good faith and fair dealing (1) The expression “good faith and fair dealing” refers to a standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. (2) It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party’s prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party’s detriment”; Princ. 23: “Good faith and fair dealing. As the Principles directors recognize, one party’s contractual security is enhanced by the other’s duty to act in accordance with the requirements of good faith. However, the converse of that is that there may be some uncertainty and insecurity for the person who is required to act in accordance with good faith and fair dealing, which are rather open-ended concepts. Moreover, the role of good faith and fair dealing in the

DCFR goes beyond the provision of contractual security. These concepts are therefore discussed later under the heading of justice”.

¹⁸⁹⁴ Libro II, Sección 3 del Capítulo 3, Artículo II. - 3:301: Negotiations contrary to good faith and fair dealing: “(1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract. (3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach. (4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party”.

¹⁸⁹⁵ Asia en el apartado (4) del artículo III.-1:106: Conditional rights and obligations, segue el caso “(4) When a party, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the obligation to co-operate, interferes with events so as to bring about the fulfillment or non-fulfillment of a condition to that party’s advantage, the other party may treat the condition as not having been fulfilled or as having been fulfilled as the case may be”.

¹⁸⁹⁶ Artículo II.-3:301: Negotiations contrary to good faith and fair dealing (1) a person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract. (3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach. (4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

¹⁸⁹⁷ European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. Produced by Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française and Société de Législation Comparée. Edited by Fauvarque-Cosson and Denis Mazeaud. Prepared by Racine, Sauton-Laguionie, Tenenbaum and Wicker, Paris-Munich 2008.

¹⁸⁹⁸ DÍEZ-PICAZO, L., “*La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1963, p. 134.

¹⁸⁹⁹ Afirma DÍEZ-PICAZO, L., “*Estudios sobre la jurisprudencia civil*”, t. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, p. 388, que “la buena fe es un criterio objetivo (...) que en materia contractual estricta no solo funciona como un canon hermenéutico, (...), sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, que actúa por vía dispositiva, a falta de pacto y abstracción hecha de la intención o de la voluntad de las partes. En el artículo 1258 del Código Civil la buena fe está situada en el mismo plano y equiparada a la ley y a los usos normativos, como normas dispositivas o supletorias del negocio jurídico. Y nadie podrá decir que la ley y los usos normativos solo integran el contenido de los contratos cuando hay una voluntad de algún modo expresada de las partes que permite reconducirse a ellos”.

¹⁹⁰⁰ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (“*La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”), p. 139, donde añade lo siguiente, “cada persona debe ajustar su propia conducta al arquetipo de la conducta social reclamada por la idea ética imperante. El ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe, no sólo en lo que tiene de limitación o de veto de una conducta deshonesto (v. gr., no engañar, no defraudar, etc.), sino también en lo que tiene de exigencia positiva, prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia (v. gr. Deberes de diligencia, de esmero, de cooperación, etc.). Esta norma que impone un comportamiento de buena fe en la vida jurídica es un principio general del Derecho (...) porque revela una de las más íntimas convicciones del mundo del ser y de existir de nuestra comunidad”.

¹⁹⁰¹ “La buena fe sólo puede predicarse de la actitud de uno en relación con otro (y viceversa): significa que este otro, según la estimación habitual de la gente, puede esperar determinada conducta de uno, o determinadas consecuencias de su conducta; o que no ha de temer otras distintas y perjudiciales: una lealtad, un obrar en buena conciencia que lo mismo puede aplicarse a los derechos absolutos que al comportamiento recíproco de acreedor y deudor”, afirma LACRUZ BERDEJO, J. L., “*Elementos de Derecho Civil*”, t. I, Parte General, Librería Bosch, Barcelona 1974, p. 253.,

¹⁹⁰² KOZOLCHYK, B., “*La contratación comercial en el derecho comparado*”, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 345; Si bien el Código de Comercio Uniforme norteamericano impone, en su § 1-203, a los contratantes el deber de buena fe en su cumplimiento, y los tribunales norteamericanos bien reconociendo responsabilidad precontractual, si se produce en eventos que constituyen enriquecimiento sin causa, misrepresentation, representaciones falsas o erróneas, e incumplimiento de promesas específicas hechas en las mismas.

¹⁹⁰³ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I) p. 334.

¹⁹⁰⁴ “El art. 7º.-1 eleva el tipo de comportamiento de Buena fe a medida de tutela del derecho, y por tanto: a) El comportamiento contrario a la buena fe en el ejercicio de los derechos es contrario a Derecho, ilícito, y sólo es protegido, sino que, siendo dañoso, obliga a resarcir; b) Cada uno puede exigir del otro con quien se halla en relación, la conducta que se deduce de los títulos jurídicos de ambos, interpretados conforme a la buena fe. El art. 1258 Cc. Hay una aplicación de esta regla al establecer que los contratos obligan, “no sólo al cumplimiento de lo pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe”; c) La conducta antecedente observada por un titular puede vincularle, restringiendo sus posibilidades ulteriores de ejercicio del derecho, la conclusión de que mantendrá determinado estado de cosas, se abstendrá de tal impugnación o reclamación, etc.”, precisa LACRUZ BERDEJO, J. L., op. cit. (*“Elementos de Derecho Civil”*, t. I., Parte General), p. 253.

¹⁹⁰⁵ The Principles directeurs say that “Each party is bound to act in conformity with the requirements of good faith and fair dealing, from the negotiation of the contract until all of its provisions have been given effect”, en The underlying principles of freedom, security, justice and efficiency, apartado 42 Not allowing people to rely on their own unlawful, dishonest or unreasonable conduct, de los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR).

¹⁹⁰⁶ Artículo 1245.2 y 4 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos, elaborada y presentada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

¹⁹⁰⁷ Artículo 1245.1 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos, elaborada y presentada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

¹⁹⁰⁸ Artículo II. – 3:301, “Negociaciones contrarias a la buena fe”.

¹⁹⁰⁹ Artículo 2.1.15 titulado “Negociaciones de mala fe”.

¹⁹¹⁰ Artículo 2:301: Negociaciones contrarias a la buena fe, de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando; En el artículo 2:301 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos se establece con carácter general la prohibición de actuación contraria a la buena fe en la fase precontractual, si bien puede considerarse que ese precepto contempla únicamente los supuestos en los que una de las partes inicia las negociaciones con la intención de no llegar a ningún acuerdo o bien para los de ruptura de las negociaciones contraria a la buena fe, considerándose que es el artículo 4:106 de los mismos Principios el que se aplica en los supuestos en los que una de las partes utiliza medios ilegítimos para alcanzar la celebración del contrato y efectivamente lo concluye, en este sentido Ole LANDO / Hugh BEALE (eds.) Principles of European Contract Law, Parts I and II, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 2000, p. 189; En el mismo sentido se pronuncia el artículo II.-3:301 de los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR).

¹⁹¹¹ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 333.

¹⁹¹² Sobre negocio jurídico y relación negocial, De CASTRO, op. cit. (*El Negocio Jurídico*), pp. 34-35; LACRUZ BERDEJO, J. L., op.cit. (*Elementos de Derecho Civil*. t. II, v. segundo), p. 27, contrapone negocio jurídico y acto jurídico, afirmando que “la doctrina distingue entre el negocio jurídico y el acto jurídico por la ineludible referencia del primero a la voluntad del actuante, voluntad que desempeña en el negocio el papel de protagonista. El negocio, en tal sentido, no es, él mismo, un hecho material, aunque su otorgamiento venga manifestado mediante actos materiales, y aún se desprenda de tales actos sin necesidad de declaración alguna (...). En cambio, en el acto jurídico no es la voluntad, y sí un hecho material, elemento que crea o transfiere derechos y obligaciones, aunque aquella se tenga en cuenta para calificar y graduar tales derechos”.

¹⁹¹³ Como por ejemplo sucede en el ámbito de la negociación colectiva laboral en el cual, como afirma la STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 10 de diciembre de 2012, “el deber de negociar aparece recogido en el artículo 89 del Estatuto de los Trabajadores que señala que “la parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido ... en cualquier caso deben contestar por escrito y motivadamente”, que también se cuida en significar que “este deber-derecho de negociación, como todos, ha de tener unos límites racionales, entre los que cabe destacar los siguientes: a) En cuanto al tiempo, el deber de negociar existe desde que se denuncia un Convenio, hasta que se concierta el que lo sustituye. Recuérdese que, en el presente supuesto, los sindicatos instaron la negociación en este período pero, ante la negativa, se abstuvieron de accionar y no lo hicieron hasta que ya se había publicado el nuevo Convenio de ámbito estatal; b) Extensión del deber: Como puso de relieve la sentencia de esta Sala de 20 de octubre de 1997 el deber de negociar que el

artículo 89.1 del Estatuto de los Trabajadores impone se extiende a las unidades naturales, cuya existencia es ajena a la voluntad de los negociadores (Convenios de centro de trabajo, empresa o sector con ámbitos provincial, autonómico o estatal). Pero el mandato legal no alcanza a las unidades artificiales de negociación originadas por la voluntad de una sola de las partes; c) Cumplimiento: el deber de negociar ha de entenderse legalmente satisfecho, cuando la parte requerida ya ha accedido a negociar, y lo está haciendo, con quien está legitimado para concertar convenio. No puede exigirse a una de las partes negociar en un número indeterminado de mesas respecto a un mismo sector. Además, al igual que no puede concluirse un convenio que suponga cambio de unidad de negociación, tampoco puede imponerse unilateralmente el inicio y continuación del proceso negociador a una parte que ya está inserta en convenio cuyo ámbito está interesada en mantener; d) Legitimación: Únicamente pueden instar el cumplimiento de la obligación de negociar quien ostente la legitimación inicial”.

¹⁹¹⁴ A título de ejemplo puede aludirse ala negociación colectiva laboral. Respecto de la misma afirma la SAN, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2010, que “el derecho de libertad sindical de todo Sindicato tiene un contenido esencial que incluye el derecho a la negociación colectiva (...), pero este derecho de libertad es unidireccional pues a quien realmente vincula “ex constitutione” es al legislador y a los poderes públicos - art 53.1 CE - pues sólo se convierte en “relativamente” prestacional cuando nos adentramos en la negociación colectiva estatutaria pues en este terreno, ya no porque lo dice la Constitución sino porque lo ha querido así el legislador, el derecho de libertad sindical ya no permanece como un mero derecho de libertad sino que, previo el cumplimiento de determinados requisitos de legitimación - arts. 87 y 88 ET - y, previo el cumplimiento de determinados formalismos y condiciones - arts. 89 y ss. - se convierte en un derecho a exigir una negociación pues para tales supuestos sí que ha dispuesto el legislador, cumplidos aquellos requisitos previos, que “ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de buena fe”, convirtiendo aquel derecho de libertad en algo más”; Pero (...) “el deber de negociar no se confunde con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos”, precisan las SSTs, Sala Cuarta, de lo Social, de 3 de febrero de 1998, 1 de marzo de 2001, 7 de octubre de 2004, y 22 de mayo de 2006.

¹⁹¹⁵ “La doctrina distingue entre el negocio y el acto jurídico por la ineludible referencia del primero a la voluntad el actuante

¹⁹¹⁶ LLOBET I AGUADO, J., “*El deber de información en la formación de los contratos*”, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 69-78.

¹⁹¹⁷ En relación con la “due diligence” HALLETT CHARRO, R., “*Due diligence*”, en Adquisiciones de empresas, González Acebo&Pombo/Thonsom Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 197, que alude en p. 199, al “dolo omisivo”, y p. 201 a la obligación de “suministrar información y de hacerlo de forma veraz, completa y evitando inexactitudes, malos entendidos o confusiones”.

¹⁹¹⁸ El artículo 4:106, titulado “Información incorrecta”, de los de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando, establece lo siguiente: Una parte que celebra un contrato basándose en una información incorrecta dada por la otra parte, podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios conforme a los apartados (2) y (3) del artículo 4:117, incluso cuando la información no haya provocado un error esencial en el sentido del artículo 4:103, salvo que la parte que dio la información tuviera motivos para creer que la información era correcta”.

¹⁹¹⁹ Los artículos 4:103, y 4:104, titulados “Error esencial de hecho o de derecho” e, “Inexactitud en las comunicaciones”, respectivamente, de los de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando, establecen lo siguiente: Artículo :103: 1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:(a) (i) el error se debe a una información de la otra parte,(ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o(iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y(b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocerla verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.(2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando:(a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o(b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias”; Artículo 4:104: “Cualquier inexactitud cometida en la expresión o en la transmisión de una declaración se considerará un error de su autor o de la persona que envió la declaración, siendo de aplicación el artículo 4:103”; Alude al error precontractual que puede dar lugar a la nulidad del contrato el artículo II.-7:201, (b) (iii) de los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)

¹⁹²⁰ HALLETT CHARRO, R., op. cit. (*Due diligence*), p. 197.

¹⁹²¹ Así se deduce del artículo II.-3:101 de los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR), y según el cual: “Duty to disclose information about goods, other assets and services (1) Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances. (2) In assessing what information the other person can reasonably expect to be disclosed, the test to be applied, if the other person is also a business, is whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice”.

¹⁹²² El artículo 4:107, de los de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando, titulada “Dolo”, establece lo siguiente: “(1) Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.(2) La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.(3) Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:(a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;(b) el coste de obtener dicha información;(c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y(d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte.

¹⁹²³ En este sentido de manifiesta el artículo II. – 9:102: Certain pre-contractual statements regarded as contract terms, de los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR).

¹⁹²⁴ DIEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*) p. 334, que afirma: “No puede decirse fácilmente que una de las partes esté en el deber de informa a la otra por el hecho de que ésta última se encuentre en imposibilidad o gran dificultad de obtener información por sí misma, por razones personales, por razones de complejidad técnica o de especialización”.

¹⁹²⁵ Principio 24, Co-operation de los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR), según el cual: “Contractual security is also enhanced by the imposition of an obligation to co-operate”.

¹⁹²⁶ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts), artículo 5.1.3 (Cooperación entre las partes).

¹⁹²⁷ Artículo 415-4, titulado “Deber de cooperación”, de la Propuesta de Código Mercantil.

¹⁹²⁸ HALLETT CHARRO, R., op. cit. (*Due diligence*), p. 188; Precisan ÁNGEL AGUNDEZ, M. y MARTÍNEZ SIMANCAS (Directores), Albarran (Coordinador), op. cit. (*Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Fusiones y adquisiciones de empresas*), p. 23, que “una due diligence es una investigación sobre los riesgos o las contingencias que pueden surgir en relación con la adquisición de una sociedad” (...).

¹⁹²⁹ BERKMAN, J. W., “*Due Diligence and the Business Transaction. Getting a Deal Done*”, Berkeley, CA, United States, 2013, pp. 7-22; DAVID, Ch. “*Due Diligence Law and Practice (International Business Negotiating Guides)*”, Sweet & Maxwell, Londres 1999, p. 1-1; HALLETT CHARRO, R., op.cit. (*Due diligence*), p. 188; ÁNGEL AGUNDEZ, M. y MARTÍNEZ SIMANCAS (Directores), Albarran (Coordinador), op. cit. (*Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Fusiones y adquisiciones de empresas*), p. 24, afirma que “en cuanto al origen del término, como tal, en la actualidad parece bastante aceptado que la “due diligence” es una criatura de la legislación estadounidense en materia de mercado de valores y, en particular, de la US Securities Act de 1933”.

¹⁹³⁰ Un completo cuestionario de “due diligence legal”, así comola práctica de confirmación de datos puede verse en HALLETT CHARRO, R., op.cit. (*Due diligence*), pp. 205-244,

¹⁹³¹ ÁNGEL AGUNDEZ, M. y MARTÍNEZ SIMANCAS (Directores), Albarran (Coordinador), op. cit. (*Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Fusiones y adquisiciones de empresas*), p. 36, indica que “la due diligence legal ha venido para quedarse. Ya no es concebible ninguna inversión importante en la que el inversor no realice una due diligence, más o menos completa, sobre el activo en el que está considerando invertir, por cuanto es la herramienta que le permitirá decidir si invierte o no”.

¹⁹³² Sobre la transcendencia de las due diligence laborales ÁNGEL AGUNDEZ, M. y MARTÍNEZ SIMANCAS (Directores), Albarran (Coordinador), op. cit. (*Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Fusiones y adquisiciones de empresas*), pp. 146 y 147.

¹⁹³³ HALLETT CHARRO, R., op.cit. (*Due diligence*), p. 189.

¹⁹³⁴ HALLETT CHARRO, R., op.cit. (*Due diligence*), p. 189.

¹⁹³⁵ Sobre el contenido del informe o report, ÁNGEL AGUNDEZ, M. y MARTÍNEZ SIMANCAS (Directores), Albarran (Coordinador), op. cit. (Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Fusiones y adquisiciones de empresas), pp. 29-31.

¹⁹³⁶ HALLETT CHARRO, R., op.cit. (*Due diligence*), pp. 202-203.

¹⁹³⁷ ÁNGEL AGUNDEZ, M. y MARTÍNEZ SIMANCAS (Directores), Albarran (Coordinador), op. cit. (Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Fusiones y adquisiciones de empresas), p. 24.

¹⁹³⁸ “El contenido principal del informe relativo al due diligence legal y lo mínimo que el mismo debe recoger es una descripción del análisis llevado a cabo de los hechos o circunstancias constatadas y de las distintas consecuencias o efectos legales derivados de los mismos”, afirma HALLETT CHARRO, R., op.cit. (*Due diligence*), p. 247, que recogiendo en modelo proforma en el Anexo 56 de la obra, pp. 1255.

¹⁹³⁹ HALLETT CHARRO, R., op.cit. (*Due diligence*), p. 245;

¹⁹⁴⁰ Díez-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I)p. 336.

¹⁹⁴¹ Díez-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I)p. 336.

¹⁹⁴² Díez-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO A.M., “*Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*”, Civitas, Madrid. 2002, p. 200; Díez-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I) p. 336.

¹⁹⁴³ “Las obligaciones nacen de los contratos, de los daños por los que se haya de responder extracontractualmente, del enriquecimiento sin causa y de cualquier hecho o acto al que las leyes atribuyan tal efecto. La promesa unilateral de una prestación sólo obliga en los casos previstos por la ley”, dice el artículo 1092 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos, elaborada y presentada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

¹⁹⁴⁴ Artículo II. - 3:302: Breach of confidentiality, “(1) If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for that party’s own purposes whether or not a contract is subsequently concluded.(2) In this Article, “confidential information” means information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the party receiving the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the other party.(3) A party who reasonably anticipates a breach of the duty may obtain a court order prohibiting it.(4) A party who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach and may be ordered to pay over to the other party any benefit obtained by the breach”.

¹⁹⁴⁵ Artículo 1245.3 y 5 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos, elaborada y presentada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

¹⁹⁴⁶ HALLETT CHARRO, R., op.cit. (*Due diligence*), pp. 197-198.

¹⁹⁴⁷ HALLETT CHARRO, R., op.cit. (*Due diligence*), p. 191; Ha de repararse en lo establecido en los artículos 197 ss. CP; Según establece el artículo 279 CP: “La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”; “El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo” y “1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados.2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas.3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”, establecen los artículos 10 y 19, respectivamente, de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; Sobre el compromiso de confidencialidad expreso puede verse, en aquella obra, el modelo proforma Anexo 2, pp. 1255-1260.

¹⁹⁴⁸ HALLETT CHARRO, R., op.cit. (*Due diligence*), p. 192.

¹⁹⁴⁹ HALLETT CHARRO, R., op.cit. (*Due diligence*), p. 192, con modelos proforma en los Anexos 3, 4 y 5 de la obra, pp. 1261-1279..

¹⁹⁵⁰ ÁNGEL AGUNDEZ, M. y MARTÍNEZ SIMANCAS (Directores), Albarran (Coordinador), op. cit. (*Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Fusiones y adquisiciones de empresas*), p. 27, indican que “hasta hace algunos años, los data room eran siempre físicos, es decir los asesores se desplazaban a revisar la documentación (...). En los últimos años, el formato más habitual es el data room virtual, que consiste en una página web, contratada con un proveedor específico de este tipo de servicios, en la que se carga la información (...). Esos portales virtuales presentan ciertas aplicaciones que facilitan el ejercicio de la due diligence, como alertas cuando se carga información nueva, y otras que lo obstaculizan, como la posibilidad de impedir la impresión de los documentos. Estas últimas aplicaciones tienen como finalidad mantener la confidencialidad del proceso y de los documentos, evitando, por ejemplo, la filtración de documentos importantes”.

¹⁹⁵¹ “En cuanto elementos físicos, materiales, tangibles, cualquier componente del hardware resulta una cosa mueble, susceptible de apoderamiento, apropiación, distracción o inutilización. Lo mismo sucede con los ficheros de información o los programas contenidos en los soportes de almacenamiento masivo cuando es sobre el objeto físico en que se encuentran grabados (diskette, cinta, disco “duro”). Ninguna peculiaridad ofrecen estos supuestos, por tanto respecto de otras hipótesis delictivas. Los casos de apoderamiento darán lugar al hurto, robo o apropiación indebida. La destrucción o inutilización a los delitos de incendio y de daños. Respecto de la estafa tampoco se ofrecen particularidades dignas de mención (...). Tampoco las grabaciones posibles ofrecen particularidad especial”, indica González Rus, J. J., “Tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con los medios o procedimientos informáticos”, Poder Judicial, número especial IX, p. 4; DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*) p. 336; Procedo efectuar una remisión a los artículos 197 ss. CP, así como a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

¹⁹⁵² Según precisa el artículo 1279 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos, elaborada y presentada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, Madrid, 2009: “Para interpretar el contrato se tendrán en cuenta: (...) 5. Las exigencias de la buena fe”.

¹⁹⁵³ Artículo 4.3.a) de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts).

¹⁹⁵⁴ Artículo 4.8.c) de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts).

¹⁹⁵⁵ Artículo 1:302: Definición de lo razonable.

¹⁹⁵⁶ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*), p. 143, que precisa, en pp. 167-168, que dentro de una determinada concepción de la excepción de dolo, es esa excepción la que impide la actuación contra actos propios. La inadmisibilidad del “venire contra factum proprium” no es, más que un caso particular de aplicación de la “exceptio doli generalis”, pero no se muestra de acuerdo con esa concepción que considera restringida afirmando, en p. 169, que “la inadmisibilidad del “venire contra factum proprium”, en el sentido que le ha ido dando nuestra jurisprudencia, tiene ante todo el carácter de norma jurídica”; La proscripción del “venire contra factum proprium”, como expresión de la buena fe mediante el principio de confianza legítima no ha trascendido al ámbito jurídico privado, por más que se hayan formulado nociones en la línea de concebirlo como aquella situación de un sujeto que tiene expectativas objetivamente justificadas de obtener de otro, una prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses, derivada de la conducta de este último que fundamenta tal expectativa. No obstante sí se mantiene con vigor creciente en el ámbito jurídico público. Así en las conclusiones 62 y 63 del Abogado General Sr. Melchior Wathelet, presentadas el 29 de abril de 2014, en el asunto C-580/12 P, Guardian Industries Corp., Guardian Europe Sàrl contra Comisión Europea, se puede leer lo siguiente: “Cabe recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado, “pronunciándose sobre unas medidas internas adoptadas por la administración, (...) que, si bien éstas no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la administración, establecen sin embargo una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato. Por consiguiente, dichas medidas constituyen un acto de carácter general cuya ilegalidad pueden invocar los funcionarios y agentes afectados en apoyo de un recurso interpuesto contra decisiones individuales adoptadas con arreglo a las mismas”. El Tribunal de Justicia añade que “dicha jurisprudencia se aplica a fortiori a unas reglas de conducta que pretenden producir efectos externos, como es el caso de las Directrices, que están dirigidas a los operadores económicos”. Además, “al adoptar estas reglas de conducta y anunciar mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los casos contemplados en ellas, la institución en cuestión se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, tales como la igualdad de trato

o “la protección de la confianza legítima”. Por lo tanto, no cabe excluir que, bajo ciertos requisitos y en función de su contenido, dichas reglas de conducta de alcance general puedan producir efectos jurídicos”; Un aspecto singular del venir contra los propios actos lo constituye el principio de confianza legítima, como precisa la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, de 16 de noviembre de 2006, asunto T-333/03, según la cual “según reiterada jurisprudencia, el derecho a reclamar la protección de la confianza legítima, que constituye uno de los principios fundamentales de la Comunidad, se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprenda que la Administración comunitaria, al darle garantías concretas, le hizo concebir esperanzas fundadas. Constituyen tales garantías, cualquiera que sea la forma en que le hayan sido comunicados, los datos precisos, incondicionales y concordantes que emanan de fuentes autorizadas y fiables (...). La jurisprudencia ha establecido asimismo que el principio de la confianza legítima constituye una norma jurídica que confiere derechos a los particulares (...). La vulneración de dicho principio puede generar, por tanto, la responsabilidad de la Comunidad”, reproduciendo la doctrina establecida por el mismo Tribunal en sus sentencias de 21 de julio de 1998, asuntos acumulados T-66/96 y T-221/97 Mellet/Tribunal de Justicia, y de 6 de diciembre de 2001, asunto T-43/98, Emesa Sugar/Consejo.; Los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR), consideran que comportamiento contradictorio o inconsistente violan el principio de buena fe, en el artículo I.-1:103 (2), ofreciendo una convincente explicación en el apartado “25. Inconsistent behavior”.

¹⁹⁵⁷Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts), artículo 1.8, “Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium”.

¹⁹⁵⁸Artículo 1.9 (1), “Usos y prácticas”, de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts); Con cita de DIEZ-PICAZO, afirma LACRUZ BERDEJO, J, L., op. cit. (“*Elementos de Derecho Civil*”, t. I, *Parte General*), pp. 253-254, lo siguiente: “Una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe es la exigencia de un comportamiento coherente. La exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buen fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con elle”, y continúa indicando que “la conducta contradictoria es, entonces, una contravención o una infracción del deber de buena fe, y la pretensión ejercitada en contradicción con la antecedente conducta es inadmisibles y no puede prosperar”.

¹⁹⁵⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, de STS de 11 de julio de 1986; Según la jurisprudencia “la persona que carece de buena fe no es tanto el que procede lejos de la recta moral, sino simplemente el que sabe que no le corresponde el derecho, es decir que conoce que el título no justifica el mismo”(STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de julio de 2014)”, , que “las alegaciones del principio de buena fe contractual, ya como base de la interpretación integrativa, o bien como parámetro de conducta a seguir (1258 del Código Civil), se proyectan como una valoración o enjuiciamiento lógico del plano de cumplimiento o ejecución de los contratos y, en su caso, del acto de ejercicio de un derecho subjetivo”(STS, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de enero de 2014) ; “no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido” (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de Diciembre de 2013), “la buena fe forma parte de la normalidad de las cosas (“quod plerumque accidit”), o tiene la consideración de condición general en contraposición a las condiciones específicas de existencia de los negocios o relaciones jurídicas, que constituyen pautas de singular interés para configurar la distribución del “onus probando”(STS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de Octubre de 2013), “la buena fe a que se refiere el art. 1258 CC se proyecta sobre lealtades y fidelidades recíprocas, siendo su elemento fundamental la protección de la confianza y exigiendo el cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida” (de 26 de Enero de 1980, 21 de Septiembre de 1987, 20 de Febrero y 7 de Diciembre de 2000; 30 de Enero de 2003 y 27 de Junio de 2013),

¹⁹⁶⁰Afirma la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de mayo de 2009: El “precontrato, también llamado contrato preliminar o preparatorio, o “pactum de contrahendo”, por el cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar -Sentencias de 8 de mayo y de 16 de diciembre de 2008 -, como si nos hallamos ante unos pactos preliminares, por los que las partes únicamente están negociando las condiciones de un contrato futuro”.

¹⁹⁶¹ “Las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, que, cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (culpa in contrahendo, es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño, o sea, el llamado

interés contractual negativo”, afirma MESSINEO, F., “*Doctrina general del contrato*”, t. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, pág. 309.

¹⁹⁶² “Si bien hubo conversaciones, intercambio de escritos, ofertas y contraofertas, no consolidaron con los requisitos requeridos de voluntad por ambas partes, ni promesa de compraventa ni precontrato”, afirma las SSTs, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de abril de 1999, 7 de abril de 2007 y 14 de diciembre de 2012, señalando ésta última sentencia que “no consta la existencia de una verdadera oferta vinculante, sino de simples tratos preliminares”.

¹⁹⁶³ “La médula del negocio jurídico es la declaración o exteriorización de voluntad de las partes interesadas, declaración que puede ser simple o doble, según se trate de negocios unilaterales o de contratos. La ley no confiere eficacia creadora y transformadora implícita en todo negocio jurídico a la voluntad de las partes reservada en su fuero interno, sino al deseo exteriorizado”, afirma VON TUHR, A., “*Tratado de las obligaciones*” (Roces, W. trad.), t. I, Editorial Reus, Madrid, 1934, pág. 114.

¹⁹⁶⁴ Indica DIEZ-PICAZO, L., op. cit. (*La existencia del contrato*), p. 181, transcribiendo parte del laudo arbitral emitido en el Caso Astoria,

¹⁹⁶⁵ Según el art. 1.261 CC: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca”, Al tenor del arts. 1262 CC, el art. 1262 CC (Redactado por dic. cuarta. uno de la Ley 34/2002, de 11 de julio): “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”. La Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos (2009) establece en sus artículos 1092, 1237, 1243 y 1255 que “las obligaciones nacen de los contratos”, que “las partes podrán obligarse mediante el contrato del modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”, que “los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”, y que “el contrato queda perfeccionado en el momento en que se hace efectiva la aceptación de la oferta”. Sobre la formación del contrato, la oferta y la aceptación discurre DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*), pp. 348 ss., 556 y 558; Según los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando, establece: Artículo 2:101: Condiciones para la conclusión de un contrato. (1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente. (2) El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical; Artículo 2:102: Intención. La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte; Artículo 2:103: Acuerdo suficiente. Un acuerdo se considera suficiente: (a) Si las partes han definido sus cláusulas de manera suficiente para que el contrato pueda ejecutarse. (b) O si [su contenido] puede determinarse conforme a los presentes principios. (2) No obstante, si una de las partes se niega a concluir un contrato en tanto no haya acuerdo entre los contratantes sobre una cuestión concreta, el contrato no existirá hasta que no se alcance un acuerdo sobre dicho aspecto; Artículo 2:107: Promesas obligatorias sin aceptación. Una promesa hecha con la intención de obligarse jurídicamente sin necesidad de aceptación, es vinculante; Artículo 2:201: Oferta (1) Una propuesta equivale a una oferta cuando: (a) su finalidad es convertirse en un contrato en caso de aceptación por la otra parte, y (b) contiene términos lo suficientemente precisos para constituir un contrato. (2) La oferta puede dirigirse a una o varias personas determinadas o al público. (3) La propuesta hecha por un profesional, en anuncios, por catálogo o mediante la exposición de mercancías, de suministrar bienes o servicios a un precio determinado, se entiende como oferta de vender o de suministrar al precio indicado hasta que se agoten las mercancías almacenadas o la capacidad del profesional de prestar el servicio; Artículo 2:204: Aceptación. (1) Toda declaración o conducta del destinatario de la oferta que indique conformidad con ella constituye una aceptación. (2) El silencio o la inactividad no constituyen aceptación por sí mismos; Artículo 2:205: Momento de la conclusión del contrato. (1) Si el destinatario de la oferta comunica su aceptación, el contrato se entiende celebrado desde que la aceptación llega al oferente. (2) En el caso de una aceptación derivada de una conducta, el contrato se entiende celebrado desde que el oferente tenga noticia de dicha conducta. (3) Si el destinatario, en virtud de la oferta, de prácticas establecidas entre las partes o de un uso, puede aceptar dicha oferta mediante el cumplimiento de un acto sin necesidad de comunicarlo al oferente, el contrato se entiende concluido desde que se inicia el cumplimiento de ese acto.

¹⁹⁶⁶ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I)p. 333.

¹⁹⁶⁷ “Para determinar si nos hallamos a presencia de un precontrato, se hace preciso atenderá la voluntad de las partes, conforme expresa el art. 1.258 C.c., la cual ha de indagarse atendiendo al sentido literal del contrato, siempre que ello sea posible, según el art. 1.281 C.c.”, indican las SSTs, Sala Primera, de lo Civil, de 13 de octubre de 2005, 22 de Abril de 1.995, 7 de julio de 1994 y 26 de octubre de 1984.

¹⁹⁶⁸ Art. 2.1.1 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts).

¹⁹⁶⁹ Apartado 2 del comentario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) al artículo 2.1.1 los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010, que añade el siguiente ejemplo que, cambiando lo que deba ser cambio, es ilustrativo a los efectos que estamos tratando, y en el siguiente: A y B entran en negociaciones con miras a la creación de una empresa conjunta para el desarrollo de un nuevo producto. Después de permanecer a liquidar prolongadas negociaciones sin ninguna oferta formal o aceptación y con algunos puntos de menor importancia, ambas partes comienzan a realizar. Cuando, con posterioridad, las partes no llegan a un acuerdo sobre los puntos de menor importancia, una corte o tribunal arbitral que el contrato sin embargo, llegó a la conclusión ya que las partes habían empezado a llevarse a cabo, lo que demuestra su intención de quedar obligadas por el contrato”.

¹⁹⁷⁰ Las SSTs, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de junio de 2009 y 17 octubre 2008, afirman lo siguiente: “Mediante el precontrato las partes, por el momento, no quieren o no pueden celebrar el contrato definitivo y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro (STS 4 de julio de 1991). Fijan sus elementos, pero aplazan su perfección (STS de 3 de junio de 1994) y adquieren la obligación de establecer el contrato definitivo en virtud de la relación jurídica obligacional nacida del precontrato, por lo que pueden reclamar su cumplimiento de la otra parte (SSTS de 23 de diciembre de 1995; 11 de mayo de 1999). Se diferencia del pactum de contrahendo (pacto de contratar) en que no se requiere actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, sino que basta la aceptación para la perfección del contrato (STS 23 de diciembre de 1991; 17 de marzo de 1993; 16 de octubre de 1997; 15 de diciembre de 1997; 11 de abril de 2000; 30 de enero de 2008). Y la sentencia de 9 febrero 2009 añade que en el precontrato se adquiere solo la facultad de decidir sobre la exigencia de cumplimiento del contrato proyectado (ver asimismo, entre las más recientes, las sentencias de 14 diciembre 2006, 30 enero 8 mayo, 24 octubre y 16 diciembre todas ellas de 2008)”.

¹⁹⁷¹ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I) p. 416; “En el precontrato se concreta el contrato proyectado que las partes deberán poner en vigor, como primera fase del iter contractus y como segunda parte, es el cumplimiento de la anterior, que implica la vigencia de aquel contrato. De aquí que el contrato preparado debe reunir todos los elementos del mismo y debe contener el plazo de cumplimiento (...) un precontrato sin fijación de plazo, sin que tampoco se haya pretendido la aplicación del artículo 1128 del Código civil, va contra la esencia de las obligaciones -la necesitas - ya que cada parte tendría el arbitrio de aceptar o no el cumplimiento en el plazo que quisiera”, afirma la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de octubre de 2012.

¹⁹⁷² DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I)p. 415.

¹⁹⁷³ Indica DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I)p. 417, que el objeto del contrato preliminar “no es el propio contrato que habrá de celebrarse, sino la conclusión de éste, o sea un facere consistente en asentir o en prestarse a cuanto sea preciso para dar vida al contrato que se promete estipular en el futuro”.

¹⁹⁷⁴ Precisa DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I)p. 417, que la “prestación, que nace del contrato preliminar es una prestación de hacer y, más concretamente todavía, una prestación de emitir en el futuro una declaración de voluntad. se sigue de ello que es una obligación inejecutable, puesto que la prestación futura del consentimiento es un acto estrictamente personal y no directamente coercible, al que se aplica la regla según la cual nemo ad factum praecisse cogi potest. Por consiguiente: el incumplimiento de la obligación dimanante del precontrato produce como única consecuencia el nacimiento de un deber de indemnizar daños y perjuicios que con ello se ocasionen a la otra parte”.

¹⁹⁷⁵ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I)pp. 417-421, y en op. cit. (*La existencia del contrato*), pp.187-188.

¹⁹⁷⁶ Como indica la STS, Sala Primera de lo Civil de 3 de junio de 1998: “Exige el precontrato que en él se halle prefigurada una relación jurídica, (con) los elementos básicos del contrato proyectado”.

¹⁹⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I) p. 420.

¹⁹⁷⁸ No puede aplicarse el criterio expuesto, *pari passu* y cambiando lo que debe ser cambiado, en la STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de noviembre de 2009, según la cual: “Por un lado, la omisión del tipo de sociedad proyectado o de la forma específicamente exigida para alguno de los admisibles, no permiten llegar a la conclusión que el recurrente defiende, dado que existen modalidades elementales o primarias de sociedad con las que bastaría para entender realizado en sus mismos términos el proyecto contractual, tanto más si caben sociedades carentes de forma específica e irregulares. Por último, considerada la cuestión en abstracto, no hay que olvidar que la calificación de la sociedad dependería no del “nomen” que hubieran podido utilizar los interesados al precontratar, sino de la correcta calificación de los datos significativos, al respecto, que hubieran efectivamente pactado. En resumen, como ha dado por cierto la Audiencia Provincial, tres de los demandantes y dos de los demandados, consintieron, con expresión su “animus contrahendi societatis”, sobre el fin común, tanto en una proyección última y causal - obtener con la sociedad ganancias y repartirlas entre ellos -, como en otra inmediata u objetiva - explotar con la sociedad un negocio de aparcamiento de vehículos -; y sobre las aportaciones a efectuar por todos, consistentes en la respectiva participación - susceptible de evaluación económica y útil al servicio del fin común - sobre los derechos a ceder por Inversiones Parque, SA, así como en los gastos soportados por la cedente para poner en funcionamiento el negocio”.

¹⁹⁷⁹ MONTERO AROCA, J, GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILLAR, S, op. cit. (*Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*)”, pp. 678-679.

¹⁹⁸⁰ Indica la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de febrero de 2010, que “cuando mediante un convenio o precontrato las partes determinan sus elementos esenciales, el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referido a las condenas a emitir una declaración de voluntad, establece en su apartado 2 que en el supuesto de que “no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico”; Indican MONTERO AROCA, J, GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILLAR, S, op. cit. (*Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*)”, p. 678, que en el caso del precontrato pueden encontrarse las tres hipótesis siguientes: “1ª) Que en el precontrato se hayan establecido los elementos esenciales e incluso accidentales. Con lo que en realidad se ha fijado la totalidad del contrato definitivo. En este caso según el art. 708.1, pasado el plazo de veinte días de espera para instar la ejecución, el del art. 548, el tribunal por medio de auto resolverá tener por emitida la declaración de voluntad (...). No acabamos de entender esta solución legal. Si en el precontrato están determinados todos los elementos del negocio contrato, no había realmente una sentencia de condena a emitir una declaración de voluntad, ni el juez tendría que sustituir nada; debería bastar con que la sentencia se limite a dar por existente el contrato, condenando a la obligación en él contenida. No estaríamos aquí ante una condena que obligue a hacer; 2ª) Que en el precontrato se hayan fijado sólo los elementos esenciales, pero no los naturales ni los accidentales, caso en el que el art. 708.2.I dispone que el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico; 3ª) Que en el precontrato no se hayan establecido los elementos esenciales, con lo que el juez, no sólo tendría que sustituir la declaración de voluntad, sino también en la determinación del contenido del contrato. Esta doble sustitución no es posible en nuestro Derecho, según el art. 708.2, II, por lo que debe estarse a los daños y perjuicios”.

¹⁹⁸¹ Como precisa la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de febrero de 2000, “el precontrato se ejecutó y se extinguió mediante la sustitución del mismo por el contrato laboral propiamente dicho, careciendo de toda validez las cláusulas pactadas en el precontrato y no estipuladas en el contrato que en ejecución y sustitución del mismo se celebró con posterioridad”.

¹⁹⁸² Sobre la responsabilidad y teoría de la culpa in contrahendo DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I, pp.337-340, que describe su origen en pp. 337-339; Como es sabido el origen de la teoría de la culpa in contrahendo se encuentra en la obra de Rudolf VON IHERING, a finales del siglo XIX, Rudolf von IHERING (“Culpa in contrahendo bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen”, 4 JhJb, 1861) pp. 1-113), que la derivaba de la nulidad del contrato por haber cometido una de las partes un error esencial en su celebración, respondiendo frente a la otra parte por el daño causado por su culpa. Basándose en fuentes romanas que sostuvo que quien ocasiona la nulidad del contrato responde frente a la otra parte por el daño causado derivado de aquel la anulación, no porque el contrato sea nulo, sino porque debiendo tener conocimiento de ello, no previno a la otra, provocándole con ello un daño. Su fundamento era pues contractual. Esa existencia de responsabilidad por culpa in contrahendo se asume por el Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) así como por del Código civil y el Código de Obligaciones suizos, por más que no establezcan un principio general de responsabilidad en fase precontractual. Es a mediados del siglo XIX

cuando se recoge expresamente en los arts. 197 y 198 del Código civil griego (1940), y en los arts. 1.337 y 1.339 del Código civil italiano, pasando posteriormente a otras normas como el Código Civil portugués o el ZGB de la extinta República Democrática Alemana.

¹⁹⁸³ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 348.

¹⁹⁸⁴ RAWLS, J., op. cit. (*Lecciones de historia de la filosofía moral*), p. 30.

¹⁹⁸⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., op.cit. (*Elementos de Derecho Civil*, t. II, v. segundo), p. 78.

¹⁹⁸⁶ RAWLS, J., op. cit. (*Teoría de la Justicia*), p. 386-388, afirma que “el principio de fidelidad es el principio según el cual han de ser mantenidas las promesas bona fide. Es esencial (...) distinguir entre la regla de prometer y el principio de fidelidad. La regla es simplemente un convenio constitutivo, mientras que el principio de fidelidad es un principio moral, es una consecuencia del principio de imparcialidad (...). La obligación de mantener una promesa es una consecuencia del principio de imparcialidad (...), la promesa es un acto cometido con la intención de incurrir deliberadamente en una obligación, cuya existencia en las actuales circunstancias beneficiará nuestros fines. Queremos que esta obligación exista, y que se sepa que existe, y queremos también que los demás sepan que reconocemos este vínculo e intentamos persistir en él. Habiendo incurrido en la práctica, estamos bajo la obligación de hacer lo que hemos prometido según el principio de imparcialidad (...), cada persona sabe, o al menos cree razonablemente, que las demás tienen un sentido de la justicia y, por tanto, un deseo efectivo de cumplir sus obligaciones bona fide. Sin esta confianza mutua nada se produce a través de las palabras pronunciadas, sin embargo en una sociedad bien ordenada esto está presente; cuando sus miembros hacen promesas hay un reconocimiento recíproco de su intención de someterse a una obligación, y una creencia común acerca de que ésta obligación será respetada. Es este reconocimiento recíproco y esta creencia común lo que capacita la creación de un acuerdo y lo mantiene”.

¹⁹⁸⁷ Anexo (Definiciones de las expresiones “Good faith”. “Good faith and fair dealing”), “Good faith, is a mental attitude characterized by honesty and an absence of knowledge that an apparent situation is not the true situation”. “Good faith and fair dealing, is a standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question”. En una posición muy cercana a esas definiciones afirma DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 60, que la expresión “buena fe” tiene “dos significados, que, aunque estrechamente relacionados entre sí no son idénticos. En una primera acepción, buena fe significa honradez subjetiva de una persona, o lo que es lo mismo, la creencia nacida del error excusable, de que la conducta que realiza o ha realizado no va contra derecho; y en la segunda acepción, alude a una serie o conjunto de reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico”.

¹⁹⁸⁸ Artículo I. - 1:103: “Good faith and fair dealing(1) The expression “good faith and fair dealing” refers to a standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question.(2) It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party’s prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party’s detriment”.

¹⁹⁸⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L., op.cit. (*Elementos de Derecho Civil*, t. II, v. segundo), pp. 78, 235 y 236.

¹⁹⁹⁰ Sobre la culpa incontractando en esta fase del procedimiento de fusión y cual se la responsabilidad de los administradores cuando la Junta general haya impartido instrucciones respecto a la fusión o esté sometida a su autorización GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), pp. 95-96.

¹⁹⁹¹ Para un estudio completo DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), pp. 336-344.

¹⁹⁹² LOPEZ JACOISTE, J. J., “*Transformaciones y paradojas de la Responsabilidad Extracontractual*”, Discurso leído el día 10 de enero de 1994, como académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1994, p. 94, precisando en pp. 94-95, lo siguiente: “En el primer grupo, se tiende a establecer la responsabilidad sobre una pauta que habría de verse como referida a deberes concretos y de algún modo preexistentes; un cuidado especial que se espera ya ha de desplegar respecto de determinadas personas y de ciertas materias o actividades. La responsabilidad extracontractual respecta así, potencialmente, frente a alguien o frente a algo. Requierase en esas línea que el demandante se encuentre entre los destinatarios a quienes una disposición legal determinada tiende a proteger, de forma que la violación de ésta sería la base de la reclamación; o, que el demandado viniera constreñido en el preciso trance del evento lesivo a una discernible diligencia o prudencia respecto de demandante, la cual no fue observada. En el segundo grupo a la responsabilidad se determina y se impone en virtud de una imputación potencialmente ubicua del daño injusto. Cualquiera que sea el perjudicado, o el agente del daño, al margen de conexiones reseñables entre ellos, puede promover o advenir implicado en la acción reparatoria. La

imputación encuentra cauce básico e inicial en la relación de causalidad. Uno y otro responden, respectivamente, a concebir la responsabilidad extracontractual bajo la pauta de la denominada doctrina de la “relatividad aquiliana”, o, por el contrario, a inspirarla en el concepto absoluto del daño injusto resarcible en el concepto absoluto frente a cualquiera que lo haya infligido. En el primero, la negligencia tiene un cariz relativo a ciertos temas y a puntualizables afectados al contar y tener relevancia respecto de personas o materias determinables; en el segundo, en cambio, la puede tener respecto de cualquiera; cualquiera puede venir obligado a resarcir si la causalidad y las demás circunstancias delatan que el daño le es efectivamente imputable. No se trata empero (...) de enfoques inconciliables”.

¹⁹⁹³ Sección 823. “Responsabilidad por daños y perjuicios. (1) Una persona que, deliberadamente o por negligencia, de forma ilegal daña la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de un tercero es responsable de indemnizar a la otra parte por los daños derivados de este. (2) El mismo deber está en manos de una persona que comete una violación de una ley que tiene por objeto proteger a otra persona. Si, de acuerdo con el contenido de la ley, también puede ser violado sin culpa, la responsabilidad a la indemnización sólo existe solamente en caso de culpa” (§ 823 “Schadensersatzpflicht. (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein”); “En el artículo 823 BGB encuéntrase significativa presencia la relatividad aquiliana. Pues, tras proclamar en su párrafo primero la responsabilidad dimanante de lesionar derechos ajenos, el segundo establece la misma responsabilidad a cargo de quien infringe una ley orientada a la protección de otro”, precisa LOPEZ JACOISTE, J. J., op cit. (*Transformaciones y paradojas de la Responsabilidad Extracontractual*), p. 97.

¹⁹⁹⁴ LOPEZ JACOISTE, J. J., op cit. (*Transformaciones y paradojas de la Responsabilidad Extracontractual*), p. 61.

¹⁹⁹⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., op.cit. (*Elementos de Derecho Civil, t. II, v. segundo*), p. 79.

¹⁹⁹⁶ Cuyo contenido es el siguiente: “Artículo 12. Culpa in contrahendo. 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado. 2. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse mediante el apartado 1, la ley aplicable será: a) la ley del país en el que se haya producido el daño, independientemente del país en el que se haya producido el hecho generador del daño e independientemente del país o países en los que se hayan producido las consecuencias indirectas del hecho en cuestión, o, b) cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en el que se produjo el hecho generador del daño, la ley de ese país, o, c) si del conjunto de las circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en las letras a) y b), se aplicará la ley de este otro país”. Habiendo afirmado previamente, en su considerando 30, que “la culpa in contrahendo a efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional. Debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. El artículo 12 cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el artículo 4 o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento”, que diferencia claramente de la responsabilidad extracontractual, al afirmar en el considerando 11, que “el concepto de obligación extracontractual varía de un Estado miembro a otro. Por ello, a efectos del presente Reglamento, la noción de obligación extracontractual deberá entenderse como un concepto autónomo. Las normas de conflicto de leyes contenidas en el presente Reglamento deben aplicarse también a las obligaciones extracontractuales basadas en la responsabilidad objetiva”. ARENAS GARCÍA, R., “*La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II*”, InDret 4/2008 (www.indret.com), p. 14, considera que aquel Reglamento se limita a relacionar la calificación extracontractual de la responsabilidad precontractual y su vinculación con la materia contractual.

¹⁹⁹⁷ Al documento que coge el “protocolo de fusión” como elemento probatorio, para el ejercicio de las acciones por daños y perjuicios, se refiere LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 211-212.

¹⁹⁹⁸ LARENZ, K., “*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*”, p. 96.

¹⁹⁹⁹ Precisa LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 210-211 y 281, que “puede considerarse que el proyecto inicial de fusión es un documento en el que se establece y con el que se comprueba la existencia de una “acuerdo de bases”, por lo general secreto, de

carácter oficioso y en virtud del cual los signatarios se obligan, como por un “compromiso de honor”, a observar un determinado comportamiento, según los criterios de lealtad y rectitud, para el desenvolvimiento de las bases en él establecidas en vistas a la redacción ulterior del eventual proyecto de fusión”.

²⁰⁰⁰ UREA SUÑOL, L., “*El secreto empresarial*”, Thomson Reuters- Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra) 2009, define el secreto empresarial, en pp. 105,106, precisando que “no ha de ser necesariamente información relacionada con la actividad externa de la empresa, sino que basta con que exista un vínculo entre aquella y la empresa”, indicando que es información relacionada con los distintos ámbitos de la empresa, pp. 109-122, significado y alcance de la información relativa a la empresa, en pp. 113-114, donde afirma que no es dudoso que “las informaciones potencialmente aptas para constituir secreto empresarial con tanto las relativas a cualquiera de las esferas de actividad ejercida por los empresarios mercantiles, como las sociedades anónimas, pero incluso también si se considerase que pueden no tener finalidad lucrativa, incidiendo en que el secretismo o carácter secreto, valga la redundancia, de la información, que procura ventaja competitiva, en pp. 122- 154, precisando que no entra en aquel concepto la información trivial o irrelevante pp. 154-156.

²⁰⁰¹ Artículo 32, 5ª y 6ª de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

²⁰⁰² Artículo 197.1 “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”. Que no se modifica en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁰⁰³ SSTs, Sala de lo Penal, de 14 de mayo de 2001, 20 de junio de 2003 y 14 de octubre de 2011. En términos de ésta última sentencia: “El artículo 197.1 contempla el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal -que es el bien jurídico protegido-, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española -derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen-, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código Penal derogado, artículo 497 -. Los elementos objetivos del artículo 197.1, se integran en primer término por la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades: a) apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Ésta última cláusula general, trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna. Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, “el que”, dice el texto legal; y sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo “sus” referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta “sus telecomunicaciones”. Respecto al “iter criminis”, es una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse. Por ello, la conducta típica del artículo 197.1, se consuma con el apoderamiento, interceptación, etc., sin necesidad que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada. El elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al artículo 12 del texto legal, que ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición “para””; Ha de repararse en que, según el artículo 200 CP la pena correspondiente a ese delito “será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes”.

²⁰⁰⁴ Como precisa los Considerandos 67 y 68 del Reglamento 596/2014: “67. Puesto que los abusos de mercado se pueden cometer transfronterizamente y afectando a diversos mercados, salvo en circunstancias excepcionales, las autoridades competentes deben cooperar e intercambiar información con otras autoridades competentes y reguladoras, y con la AEVM, sobre todo en el marco de las actividades de investigación. Cuando una autoridad competente adquiera el convencimiento de que se están realizando o se han realizado actos que constituyen abuso de mercado en otro Estado miembro, o actos que afectan a instrumentos financieros negociados en otro Estado miembro, deberá notificarlo a la correspondiente autoridad competente y a la AEVM. En los casos de abuso de mercado con efectos transfronterizos, la AEVM deberá poder coordinar la investigación cuando así lo solicite alguna de las autoridades competentes implicadas”. “68. Es necesario que las autoridades competentes dispongan de las herramientas necesarias para la

supervisión cruzada de los carnés de órdenes en los distintos mercados. De conformidad con la Directiva 2014/65/UE, las autoridades competentes pueden solicitar y recibir de otras autoridades competentes datos relativos al carné de órdenes con objeto de contribuir a la supervisión y detección de casos de manipulación de mercado a nivel transfronterizo”.

²⁰⁰⁵ SOROS, G. op. cit. (*La crisis del capitalismo global*), p. 161, tras haber precisado, en p. 160, que “los gestores deben adquirir o ser adquiridos en un mercado global cada vez más integrado”.

²⁰⁰⁶ Término de origen francés, HERNÁNDEZ SAINZ, E., “*El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*”, Thomson Reuters-Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 295, que precisa la indicada autora lo siguiente, “en realidad no son las informaciones las que gozan de privilegio alguno, sino que el privilegiado es el quien las conoce, pues dadas sus características podrá operar en el mercado en situación de ventaja”; reiterándose en “*La prohibición de los abusos de información privilegiada en el Derecho del Mercado de Valores Francés*”, RDBB, núm. 71, julio-septiembre 1998, pp. 770-779; Sobre las diferencias entre el sistema norteamericano y anglosajón respecto del sistema comunitario y continental europeo en general, op. 750-758. También. WYMEERSCH, “*The insider trading prohibition*” in the EC member States: A comparative overview”, en *European Insider Dealing. Law and Practice*” (Hop y Wymeersch, eds.), Londres-Boston 1991, pp. 121 ss.; DAVIES, “*The European community’s Directive on Insider Dealing: From company Law to Securities Markets Regulation?*”, JLS, 1991, pp. 92 ss., B. Minguell Eleizalde, “*Información privilegiada*”, En *Instituciones del mercado financiero. El Mercado de Valores Organización, control y sujetos intervinientes*, v. VI, La Ley, Madrid 1999, pp. 3980 ss; ENTRENA RUÍZ, D., “*El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*”, Thomson Reuters-Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2006, pp. 475-530.

²⁰⁰⁷ “La característica esencial de la operación con información privilegiada consiste en obtener una ventaja injusta a partir de información privilegiada en detrimento de terceros que desconocen la información y, por tanto, en el menoscabo de la integridad de los mercados financieros y la confianza de los inversores. Por consiguiente, la prohibición de operar con información privilegiada debe ser aplicable cuando una persona que posee información privilegiada obtiene una ventaja injusta del beneficio conseguido a partir de dicha información al efectuarse operaciones de mercado sobre la base de dicha información, ya se trate de una adquisición, transmisión o cesión, o de un intento de adquisición, transmisión o cesión, o de una cancelación o modificación, de un intento de cancelación o modificación, de una orden para adquirir, transmitir o ceder, por cuenta propia o de terceros, directa o indirectamente, instrumentos financieros a los que se refiere la información en cuestión. La utilización de información privilegiada puede consistir asimismo en el comercio de derechos de emisión y sus derivados, así como en la participación en subastas de derechos de emisión u otros productos subastados basados en los mismos, celebradas de conformidad con el Reglamento (UE) no 1031/2010 de la Comisión. Cuando una persona física o jurídica que posee información privilegiada adquiere, transmite o cede, o intenta adquirir, transmitir o ceder, por cuenta propia o de terceros, directa o indirectamente, instrumentos financieros a los que se refiere dicha información, ha de suponerse que esa persona ha utilizado dicha información. Esta presunción se entiende sin perjuicio del derecho de defensa. La cuestión de si una persona ha infringido la prohibición de realizar operaciones con información privilegiada o ha intentado realizarlas ha de analizarse teniendo en cuenta el objeto del (...) Reglamento, que es proteger la integridad de los mercados financieros y aumentar la confianza de los inversores, lo que, a su vez, se basa en la garantía de que estos estarán en igualdad de condiciones y protegidos contra una utilización indebida de información privilegiada. La utilización de información privilegiada puede consistir en la adquisición, transmisión o cesión de un instrumento financiero, o un producto subastado basado en derechos de emisión, o en la cancelación o modificación de una orden, o en la tentativa de adquirir, transmitir o ceder un instrumento financiero, o de cancelar o modificar una orden, por una persona que conoce, o hubiera debido conocer, que la información de que dispone es información privilegiada” (Considerandos 23, 24 y 26).

²⁰⁰⁸ “La manipulación o la tentativa de manipulación de los instrumentos financieros puede consistir también en la difusión de información falsa o engañosa. La diseminación de tal información puede tener una repercusión significativa en los precios de los instrumentos financieros en un período relativamente corto. Puede consistir en la invención de información manifiestamente falsa, pero también en la omisión intencionada de hechos importantes, así como en la transmisión conscientemente imprecisa de información. Esta forma de manipulación de mercado es especialmente dañina para los inversores, porque les induce a basar sus decisiones de inversión en información incorrecta o distorsionada. Es también dañina para los emisores, porque reduce la confianza en la información de que se dispone sobre ellos. La falta de confianza del mercado puede, a su vez, perjudicar su capacidad para emitir nuevos instrumentos financieros o para conseguir crédito de otros participantes del mercado con objeto de financiar sus operaciones. La información se difunde en el mercado muy rápidamente. Como consecuencia, el perjuicio para los inversores y los emisores puede persistir bastante tiempo, hasta que se descubra que la información es falsa o engañosa y pueda ser corregida por el emisor o por los responsables de su difusión. Es preciso, por tanto, cualificar la difusión de información falsa o engañosa tipificando los rumores y las noticias falsas o engañosas como

infracción del presente Reglamento. Y es conveniente, consiguientemente, no permitir a quienes actúan en los mercados financieros la libre expresión de información contraria a su propia opinión o a su mejor juicio que sepan o deban saber que es falsa o engañosa, en detrimento de los inversores y los emisores” (considerando 47).

²⁰⁰⁹ Indica ENTRENA RUÍZ, D., op. cit. (*El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*), p. 32, que “con vistas a la financiación de las actividades empresariales, cuanto más dinero depositen los ahorradores en los mercados de valores, más satisfactoriamente cumplirán su cometido. Hay sin embargo una condición sine qua non para que esto se cumpla: que los inversores confíen en el correcto funcionamiento del mercado de valores”.

²⁰¹⁰ Considerando 30, in fine del Reglamento 596/2014.

²⁰¹¹ En el sentido En este sentido que indica SARLE, J. R., “*Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*”, Ediciones Nobel, Oviedo 2000, especialmente pp. 151-154

²⁰¹² Y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión. La aprobación de aquel Reglamento obedeció a una doble exigencia: a) “Establecer un marco más uniforme y fuerte para preservar la integridad del mercado, evitar el posible arbitraje regulador y garantizar la obligación de rendir cuentas en caso de producirse una tentativa de manipulación, así como para aumentar la seguridad jurídica y reducir la complejidad reguladora para los participantes del mercado. Con el (...) Reglamento se pretende contribuir de manera determinante al funcionamiento adecuado del mercado interior” (Considerando 4); b) “Eliminar los obstáculos al comercio y las distorsiones significativas de la competencia que aún subsistan como consecuencia de divergencias entre las legislaciones nacionales e impedir nuevos obstáculos al comercio y distorsiones significativas de la competencia (mediante) un Reglamento que establezca una interpretación más uniforme del marco de la Unión sobre el abuso de mercado que defina con mayor claridad las normas aplicables en todos los Estados miembros. La adopción de un reglamento para configurar los requisitos del abuso de mercado (que) garantizará la aplicabilidad directa de los mismos. Con ello se deberían garantizar unas condiciones uniformes, evitando las divergencias entre requisitos nacionales que podrían producirse con la transposición de una directiva” (Considerando 5); hasta la aprobación del Reglamento 596/2014, y sin perjuicio del momento de entrada en vigor de sus preceptos (artículo 39), nuestra regulación nacional venía constituida por el Capítulo II el título VII de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, sin perjuicio de la continuidad de la vigencia del sistema sancionador del Capítulo II del título VIII de aquella Ley; Con la publicación de este Reglamento se produce un salto cualitativo, precisa TAPIA HERMIDA, A. J., “*La nueva arquitectura del Derecho Comunitario del Mercado de Valores. Comentario urgente a los Reglamentos y Directivas sobre el mercado de instrumentos financieros y el abuso de mercado*”, Revista del Derecho del Mercado de Valores (RMV), núm. 14, 2014, p 40.

²⁰¹³ Considerando 27 del Reglamento 596/2014; Según ENTRENA RUÍZ, D., op. cit. (*El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*), p. 212, en relación con la Directiva 2003/6/CE y nuestra Ley del Mercado de Valores, “el defecto más importante probablemente sea la propia determinación de la noción de información privilegiada; es cierto que el legislador se ha esforzado en concretar los requisitos necesarios para identificar cuando se está ante dicho tipo de información. Sin embargo, dichos requisitos no están del todo bien definidos ni por la normativa comunitaria ni por la LMV, ni por la normativa que la desarrolla, por lo que tampoco lo está la propia noción a la que sirven (...). Por tanto, puede afirmarse que la normativa actual no garantiza totalmente la seguridad jurídica en términos de certeza respecto a cuándo se posee información privilegiada. Es necesario interpretar agudamente las normas para alcanzar conclusiones clarificadoras, lo que supone apoderar a la Administración de un margen de apreciación más allá de lo razonable. Lo mismo puede decirse respecto de las conductas que están prohibidas, aunadas todas ellas bajo la prohibición genérica de utilizar información privilegiada. El tipo infractor posee una indudable vis expansiva, con el consiguiente riesgo de supraincluir conductas que quizás no debieran ser sancionadas (...). Debe además tenerse presente que es preciso completar el tipo infractor con las propias sanciones estipuladas en la Ley para poder conformarlo (...). En definitiva, el operador no conoce ciencia cierta cuándo posee información privilegiada y que es lo que puede hacer o no con ella”; Eran reveladores del “estado de la cuestión” en base a la Directiva 2003/6/CE los términos concretos en que se planteó la cuestión prejudicial (por el Hof van beroep te Brussel) al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-45/08 y que fueron los siguientes. “1) ¿Constituyen las disposiciones de la Directiva (2003/6), en particular su artículo 2, una armonización exhaustiva, con la excepción de las disposiciones que dejan explícitamente a los Estados miembros aplicar libremente sus medidas, o bien forman en su totalidad una armonización mínima?; 2) ¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 1, de la Directiva (2003/6) en el sentido de que el mero hecho de que una persona mencionada en el artículo 2, (apartado 1,) párrafo primero, de dicha Directiva, posea información privilegiada, adquiera o ceda, o intente adquirir o ceder, por cuenta propia o de terceros, instrumentos financieros a los que se refiera la información privilegiada, implica al mismo tiempo

que hace uso de tal información privilegiada?; 3) En caso de respuesta negativa a la segunda cuestión, ¿debe admitirse que para la aplicación del artículo 2 de la Directiva (2003/06) se requiere una decisión deliberada de utilizar una información privilegiada? Si no es necesario que tal decisión se recoja por escrito, ¿se exige que la decisión de utilizarla se desprenda de circunstancias que no sean susceptibles de otra interpretación o bien basta con que puedan entenderse las circunstancias como tales?; 4) En caso de que, con motivo de la comprobación del carácter proporcionado de una sanción administrativa, mencionada en el artículo 14 de la Directiva (2003/06), deban tenerse en cuenta los beneficios obtenidos, ¿debe admitirse que la publicación de la información que ha de calificarse de privilegiada influyó efectivamente de manera apreciable en la cotización del instrumento financiero? En caso de respuesta afirmativa, ¿qué nivel de oscilación debe existir como mínimo en la cotización para que pueda tener la consideración de apreciable?; 5) Con independencia de si la oscilación de la cotización tras la publicación de la información debe ser o no apreciable, ¿qué período debe tenerse en cuenta tras la publicación de la información para determinar el nivel de oscilación de la cotización y en qué fecha procede ubicarse para, al objeto de establecer la sanción adecuada, calcular la ventaja patrimonial obtenida?; 6) A la luz de la comprobación del carácter proporcionado de la sanción, ¿debe interpretarse el artículo 14 de la Directiva (2003/6) en el sentido de que, si un Estado miembro ha introducido la posibilidad de imponer una sanción penal acumulada a la sanción administrativa, a la hora de apreciar el carácter proporcionado ha de tenerse en cuenta la posibilidad y/o la cuantía de la condena económica de carácter penal? Aquel conjunto de cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional “a quo” (el Hof van beroep te Brussel), constituyen manifestaciones concretas de una cuestión nuclear y principal que puede resumirse en el siguiente interrogante: ¿Se cumple el presupuesto de hecho de este tipo de operaciones cuando la persona que posee una información privilegiada actúa con conocimiento de esta información?”.

²⁰¹⁴ La cantidad de “noticias” referidas a la empresa que pueden constituir información privilegiada es prácticamente ilimitada, así resulta del punto 1.15. del documento CESR/06-562, de 12 de octubre de 2006, porque ilimitados son los factores que pueden influir “sensiblemente” en la cotización de los instrumentos financieros, ocupando un lugar singularmente destacado aquellos que afectan al empresa en su dimensión jurídico objetiva y como actividad. Esa potencialidad o aptitud general de los acontecimientos no conocidos y de las noticias que no sean públicas en devenir información privilegiada, se ve contrarrestada porque no se puede considerar tal “los análisis y las estimaciones elaborados a partir de datos públicos”, al “respeto a las dosis de lícita especulación que estimula el hallazgo de informaciones”, se refiere F. VALENZUELA GARACH, F., “*La información en la Sociedad Anónima y el Mercado de Valores*”, Civitas, Madrid 1993, p. 272; Indica D. ENTRENA RUÍZ, D., op. cit. (*El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*), p. 61 que no “podrá ser considerada privilegiada la información relativa los emisores de activos obtenida por unidades de inteligencia económica de las empresas porque supuestamente también se obtiene a partir de datos públicos”, pues si no se cumple aquella suposición ciertamente estaríamos ante otro tipo de infracciones. y “por lo tanto cualquier operación efectuada sobre la base de este tipo de análisis o estimación no debe considerarse en sí misma como constitutiva de abuso de información privilegiada”.

²⁰¹⁵ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 197 y 211, precisando en la primera de aquellas páginas que los “protocolos, a diferencia del proyecto de fusión, son documentos de carácter oficioso incluso secreto”, pp. 145-146.

²⁰¹⁶ Indica ENTRENA RUÍZ, D., op. cit. (*El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*), p. 64, que “teniendo en cuenta la amplia gama de información que debe manejarse para alcanzare una situación de ventaja competitiva, desde el I+D, la reputación de la empresa, la situación laboral de los trabajadores, las potenciales fusiones o absorciones o las innovaciones normativas, y en general toda la información que directa o indirectamente puede afectar a los emisores - basta con comprobar las lícitas elaboradas por el CESR - las distintas clases de activos, cualquier noticia atinente a estos aspectos podrá influir en los inversores (...) la cuestión o es cuanta información se conoce sino como se reacciona frente a lo que no se conoce”.

²⁰¹⁷ Artículo 17, “Difusión pública de la información privilegiada”, del Reglamento no. 596/2014, “1. El emisor hará pública, tan pronto como sea posible, la información privilegiada que le concierna directamente. El emisor se asegurará de que la información privilegiada se haga pública de una forma que permita un acceso rápido y una evaluación completa, correcta y oportuna de la información por el público y, en su caso, por el mecanismo designado oficialmente, contemplado en el artículo 21 de la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (1). El emisor no combinará la difusión pública de información privilegiada con la comercialización de sus actividades. El emisor incluirá y mantendrá en su sitio web por un período de al menos cinco años toda la información privilegiada que esté obligado a hacer pública”.

²⁰¹⁸ Indica ENTRENA RUÍZ, D., op. cit. (*El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*), p. 32, que “con vistas a la financiación de las actividades empresariales, cuanto más dinero depositen los ahorradores en los mercados de valores, más satisfactoriamente cumplirán su cometido. Hay sin embargo una condición sine qua non para que esto se cumpla: que los inversores confíen en el correcto funcionamiento del mercado de valores”.

²⁰¹⁹ D. MELÉ CARNÉ, E., “*Aspectos éticos de los mercados de valores*”, en “Curso de bolsa y mercados financieros” (4ª edición actualizada), ARIEL, Barcelona 2007, p. 464.

²⁰²⁰ Las posiciones favorables al uso de información privilegiada destacan que “si el precio de un valor se eleva como consecuencia del uso que alguien ha hecho de información privilegiada, los titulares de los mismos activos pueden verse inducidos a venderlos o comprarlos. En consecuencia, al mismo tiempo se ha producido un acercamiento del precio de los activos al valor real de una compañía, y por tanto se ha aumentado la eficacia del mercado”, y que “los beneficios obtenidos son producto del esfuerzo personal de un individuo por encontrar información, pudiendo servir así para equilibrar los bajos salarios que, en su caso, se perciban”, precisa D. ENTRENA RUÍZ, D., op. cit. (*El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*), pp. 37-38.

²⁰²¹ Bien entendido aquella “igualdad” se ha convertido en uno de los “términos icono” de la retromodernidad (nueva “religión civil” rousseauniana), y se utiliza con el contenido contradictorio de “igualdad desigual”/“desigualdad igual”, al extremo de afirmarse que “la igualdad puede ser vista como desigualdad”, como precisa RONSENFEL, M., “*Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional*”, Derechos y Libertades, núm. 6, 1998, p. 411.

²⁰²² A pesar de las argumentaciones favorables a la utilización de información privilegiada, el criterio generalmente admitido es contrario a esa utilización, entendiéndose que “la prohibición de emplear información privilegiada es necesaria para garantizar, fundamentalmente, la equidad entre los inversores y la propia integridad del mercado, incluso a pesar de que no exista seguridad científica de que los afecte”, bien que deba dejarse afirmado que únicamente si fueran ciertos aquellas argumentaciones (efficient market hypothesis), podría ser razonable admitir el uso de información privilegiada, “pues los precios se acercarían al valor real de las empresas emisoras y dicha conducta no agravaría el fallo de información asimétrica que posee el mercado de valores, al contrario de lo que sucede realmente”, precisa MELÉ CARNÉ, D., op. cit. (*Aspectos éticos de los mercados de valores*), p. 463, que precisa, “en cualesquiera mercados”, y destaca D. ENTRENA RUÍZ, D., op. cit. (*El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*), p. 39 con cita de Cox, Hillman y Langenvoort. Conviene reparar en que “situar a los inversores en igualdad de condiciones en los mercados de capitales únicamente se logra de dos maneras. Por un lado, se requiere un deber de transparencia. No obstante, “lejos de regular, la opacidad de los mercados financieros ha aumentado”, así titula El Economista del lunes, 19 de abril de 2010, p. 27, en base a una entrevista con Dominique Cerutti, presidente de NYSE-EURONEX, en Europa, en la que el entrevistado afirma: “Lejos de regular, la opacidad ha aumentado considerablemente desde hace dos años en los mercados. Sólo en de acciones se ha duplicado (...) Las zonas opacas (dark pools) tienen una razón de ser legítima, que consiste en no desestabilizar el mercado por el importante volumen de los bloques que se intercambian. Pero, a base de exenciones, se produce un derivado y las plataformas gestionan volúmenes de cualquier tamaño, dando pie a una mayor opacidad. Otra consecuencia son las redes cruzadas, que captan cada vez más volumen en los mercados de acciones. La opacidad de ambos sistemas es casi total, desde la ejecución de órdenes hasta la publicación de las operaciones, con simples datos agregados, en gran medida insuficientes y poco transparentes. Esto plantea tres cuestiones: la primera va ligada al riesgo sistémico, la segunda a la protección de los inversores y la transparencia en la política de precios y, la última, a una competencia justa (...) ¿Qué grado de opacidad estamos dispuestos aceptar en los mercados y como evitar los derivados?”. Porque las sociedades que cotizan en bolsa están obligadas a publicar determinados datos con el fin de que el precio de sus acciones corresponda al valor objetivo de la empresa. Esto permite a todos los inversores evaluar el precio de las acciones en relación con la situación real de las empresas de que se trate. Además la igualdad de condiciones de los inversores se garantiza mediante la prohibición del uso y revelación de información privilegiada”, según se precisa en la Conclusión 25 de las presentadas el 25 de mayo de 2004, por el Abogado General Sr. Poiars Maduro, en el asunto C-384/02, Anklagemyndigheden contra Knud Grøngaard y Allan Bang. Aquellas apreciaciones sin embargo no impiden poder afirmar que la vinculación entre la revelación de información privilegiada y la realización de operaciones con esa información no es necesaria ni inevitable, y que tiene un marcado cariz ético, por lo que, en ocasiones, se impone en consonancia con la dimensión “social”, de los sistemas de economía social de mercado, la transmisión de información privilegiada a determinados sujetos, más allá de autoridades públicas y supervisores del mercado, sin que por ello se ponga en cuestión la transparencia del mercado y la igualdad de los inversores, ni consecuentemente la eficacia misma del sistema económico. Ciertamente los inversores razonables basan sus decisiones de inversión en la

información de la que ya disponen, es decir de la información previa disponible. Consiguientemente la cuestión de la probabilidad de que al tomar una decisión de inversión un inversor razonable pudiera tener en cuenta una información concreta no claramente privilegiada, debe plantearse sobre la base de la información previa disponible, como se precisaba en el Considerando primero de la Directiva 2003/124/CE de la Comisión, de 22 de diciembre y se indica en el Considerandos 14-17, del Reglamento (UE) No 596/2014, en los siguientes términos: “14. Los inversores razonables basan sus decisiones de inversión en información ya disponible, es decir, en información disponible ex ante. Por consiguiente, la cuestión acerca de si, al decidir sobre una inversión, un inversor razonable probablemente tenga en cuenta o no una determinada información, debe analizarse sobre la base de la información disponible ex ante. En dicho análisis se han de tomar en consideración, en tales circunstancias, el efecto previsto de la información a la luz del conjunto de actividades del emisor correspondiente, la fiabilidad de la fuente de información y cualquier otra variable del mercado que, en las circunstancias del caso, pueda afectar a los instrumentos financieros, a los contratos de contado sobre materias primas o a los productos subastados basados en derechos de emisión. (15) La información ex post puede utilizarse para verificar la presunción de que la información ex ante era sensible al precio, pero no para actuar contra quienes hayan extraído conclusiones razonables de la información de que disponían ex ante. (16) Cuando la información privilegiada se refiera a un proceso que se produce en distintas etapas, cada una de ellas, así como el proceso en su conjunto, podría considerarse información privilegiada. Una etapa intermedia de un proceso prolongado puede ser constitutiva por sí misma de una serie de circunstancias o de un hecho que existen o de los que hay probabilidades realistas de que existan u ocurran, sobre la base de una evaluación general de los factores existentes en el momento pertinente. No obstante, lo anterior no debe interpretarse en el sentido de que ha de tenerse en cuenta la magnitud del efecto de dicha serie de circunstancias o de ese hecho en los precios de los instrumentos financieros en cuestión. Una etapa intermedia debe tener la consideración de información privilegiada si, por sí misma, cumple los criterios relativos a la información privilegiada establecidos en el presente Reglamento. (17) La información relativa a un hecho o una serie de circunstancias que constituyen una etapa intermedia de un proceso prolongado puede referirse, por ejemplo, al estado de unas negociaciones contractuales, las cláusulas provisionalmente acordadas en esas negociaciones, la posibilidad de colocación de instrumentos financieros, las condiciones en que vayan a comercializarse los instrumentos financieros, las cláusulas provisionales para la colocación de instrumentos financieros, o la consideración de la inclusión de un instrumento financiero en un índice importante o la eliminación del instrumento financiero de dicho índice”.

²⁰²³ HERNÁNDEZ SAINZ, E., op. cit. (*El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*), p. 56.

²⁰²⁴ SANTOS ARRARTE, J. A., “*Sistema financiero, mercado de capitales y bolsa*”, en “Curso de bolsa y mercados financieros” (4ª edición actualizada), ARIEL-Instituto Español de Analistas Financieros, Barcelona 2007, p. 5.

²⁰²⁵ Considerando 49 del Reglamento no. 596/2014.

²⁰²⁶ Considerando 50. Según el 17.4 del Reglamento (UE) No 596/2014: “4. El emisor o el participante del mercado de derechos de emisión podrá retrasar, bajo su propia responsabilidad, la difusión pública de la información privilegiada siempre que se cumplan todas las condiciones siguientes: a) que la difusión inmediata pueda perjudicar los intereses legítimos del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión; b) que el retraso en la difusión no pueda inducir al público a confusión o engaño; c) que el emisor o el participante del mercado de derechos de emisión esté en condiciones de garantizar la confidencialidad de la información. En el caso de tratarse de un proceso prolongado en el tiempo que se desarrolle en distintas etapas con el que se pretenda generar o que tenga como consecuencia determinadas circunstancias o un hecho concreto, el emisor o el participante del mercado de derechos de emisión podrá retrasar, bajo su propia responsabilidad, la difusión pública de la información privilegiada relativa a ese proceso, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero, letras a), b) y c). En el caso de que el emisor o el participante del mercado de derechos de emisión retrase la difusión de la información privilegiada con arreglo al presente apartado, deberá comunicarlo a la autoridad competente especificada en el apartado 3, inmediatamente después de hacer pública la información, y presentar una explicación por escrito sobre la forma en que se cumplieron las condiciones establecidas en el presente apartado. Los Estados miembros podrán prever, como alternativa, que solo pueda facilitarse un registro de dicha explicación previo requerimiento de la autoridad competente especificada en el apartado 3”. El apartado 5 del mismo artículo se refiere a entidades de crédito o financieras. Respecto del mantenimiento de la “confidencialidad” de la información privilegiada, en el apartado 7 del mismo artículo se establece que “si la difusión de la información privilegiada se retrasa de conformidad con los apartados 4 o 5 y la confidencialidad de la información privilegiada deja de estar garantizada, el emisor o el participante del mercado de derechos de emisión hará pública esa información lo antes posible. El presente apartado incluye los casos en que un rumor se refiera de modo expreso a información privilegiada cuya difusión haya sido retrasada de conformidad con los apartados 4 o 5, cuando el grado de exactitud del rumor sea suficiente para indicar que ya no está garantizada la confidencialidad de dicha información”, lo que no es

indiferente respecto de la información privilegiada obtenida en fase de tratos preliminares de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

²⁰²⁷ Considerando 54 del Reglamento 596/2014.

²⁰²⁸ Como se precisa en la STJUE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-384/02, Knud Grøngaard, Allan Bang, en relación con la Directiva 89/592, “de los considerandos segundo a quinto de la Directiva 89/592 se desprende que ésta tiene por objeto asegurar el buen funcionamiento del mercado secundario de valores negociables y mantener la confianza de los inversores que se basa, entre otras cosas, en la garantía de que estarán en igualdad de condiciones y de que estarán protegidos contra el uso ilícito de la información privilegiada. A la luz de estos objetivos y habida cuenta del hecho de que el artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592 constituye una excepción que ha de recibir una interpretación estricta, la revelación de esta información únicamente está justificada si es estrictamente necesaria para el ejercicio de un trabajo, una profesión o una función y respeta el principio de proporcionalidad. En el caso de revelaciones sucesivas, cada una de ellas debe satisfacer estos requisitos para acogerse a la excepción prevista en el artículo 3, letra a), de la Directiva 89/592. Para apreciar la necesidad de una revelación de información privilegiada, debe tomarse en consideración, además, el hecho de que cada revelación adicional puede aumentar el riesgo de que esta información sea explotada con una finalidad contraria a la Directiva 89/592”.

²⁰²⁹ Recogido literalmente de la interpretación que efectúa la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, en las conclusiones 43 de las presentadas el 10 de septiembre de 2009 en el asunto C-45/08, Spector Photo Group NV Chris Van Raemdonck contra Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA), de las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional “a quo”. Con relación al cambio operado desde anterior regulación comunitaria a la actual, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 22 de diciembre de 2009, que la resuelve, en el asunto C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck contra Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA), interpreta la cuestiones prejudiciales planteadas en aquel caso en los siguientes términos: “El órgano jurisdiccional remitente intenta determinar si es suficiente, para que una operación sea calificada de operación con información privilegiada, que un poseedor primario de información privilegiada efectúe una operación de mercado con instrumentos financieros a los que se refiere esta información o si es, además, necesario determinar que esta persona ha “utilizado” dicha información “con conocimiento de causa””.

²⁰³⁰ Considerando 47 del Reglamento 596/2014.

²⁰³¹ Considerando 5 del Reglamento 596/2014.

²⁰³² Se indica en sus Considerandos 8 y 10: “(8) La Directiva 2003/6/CE se centró principalmente en los instrumentos financieros admitidos a negociación en los mercados regulados o para los que se haya solicitado su admisión a negociación en dicho mercado. No obstante, en los últimos años son cada vez más los instrumentos negociados en los sistemas multilaterales de negociación (SMN). Existen asimismo instrumentos financieros que se negocian exclusivamente en otras categorías de sistemas organizados de contratación (SOC) o que se negocian únicamente en mercados no organizados (OTC). Por consiguiente, el ámbito de aplicación del presente Reglamento debe incluir todos los instrumentos financieros negociados en un mercado regulado, un SMN o un SOC y cualquier otra conducta o actuación que pueda influir sobre esos instrumentos financieros, con independencia de que se produzca en un centro de negociación. En el caso de determinados tipos de SMN que, al igual que los mercados regulados, ayudan a las empresas a obtener aportaciones de capital, la prohibición contra el abuso de mercado se aplica igualmente cuando se ha solicitado la admisión a negociación en ese mercado. Por lo tanto, el ámbito de aplicación del presente Reglamento debe incluir los instrumentos financieros para los que se ha solicitado la admisión a negociación en un SMN. De este modo se mejorará la protección del inversor, se preservará la integridad de los mercados y se logrará que el abuso de mercado a través de dichos instrumentos quede claramente prohibido, (...). (10) Es posible que determinados instrumentos financieros no negociados en un centro de negociación sean utilizados para cometer abuso de mercado. Se incluyen entre ellos los instrumentos financieros cuyo precio o valor depende de instrumentos financieros negociados en un centro de negociación, o tiene un efecto sobre los mismos, o cuya negociación tiene un efecto sobre el precio o valor de otros instrumentos financieros negociados en un centro de negociación. Como ejemplo de la utilización de dichos instrumentos para el abuso de mercado, se puede mencionar la información privilegiada sobre una acción u obligación que puede utilizarse para comprar un derivado de la acción u obligación o un índice cuyo valor depende de dicha acción u obligación. Cuando un instrumento financiero se utiliza como precio de referencia, un derivado negociado en un OTC puede utilizarse para beneficiarse de precios manipulados o para manipular el precio de un instrumento financiero negociado en un centro de negociación. Otro ejemplo más lo constituye la emisión planificada de una nueva serie de valores que no estén incluidos de otra manera en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, pero cuya negociación pueda afectar al precio o al valor publicado de valores existentes que sí entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento (que) se aplica asimismo a los casos en que

el precio o el valor del instrumento negociado en un centro de negociación dependa del instrumento negociado en un OTC. El mismo principio debería aplicarse a los contratos de contado sobre materias primas cuyo precio se basa en el del instrumento derivado, así como a la adquisición de contratos de contado sobre materias primas a los que se refieren los instrumentos financieros”.

²⁰³³ Considerando 18 del Reglamento 596/2014.

²⁰³⁴ Según se indica por el Comité de Responsables Europeos de Reglamentación de Valores, “Directiva de abuso de mercado. Nivel 3. Segundo conjunto de orientaciones e informes de la CESR sobre la aplicación común de la Directiva en el mercado” (CESR/06-562b), julio de 2007, punto 1.2; -en el mismo sentido E. GAILLARDE, E., y PINCEL, E., I, “*Les opérations d’initiés dans le Communauté économique européenne*”, RTDE, núm. 26, abril-junio 1990, p. 25; CALVET, H., “*La directive du Conseil des communautés européennes relative aux opérations d’initiés*”, SJ (Ed. E), núm. 49, p. 760;

LAMBRECHT, P., “*La directive européenne relative aux opérations d’initiés*”, RB, núm. 8-9, 1990, p. 455 Según la STJCE de 10 de mayo de 2007, asunto C-391/04, “del tenor del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/592 resulta que, para poder tener tal consideración, la “información privilegiada” debe cumplir varios requisitos, concretamente, no haberse hecho pública, tener carácter preciso, referirse a un emisor de valores negociables o a los propios valores negociables y, de hacerse pública, ser capaz de influir de manera apreciable sobre la cotización de esos valores”.

²⁰³⁵ Sobre el concepto de información privilegiada SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “*En torno al concepto de información privilegiada en los mercados de valores: una reciente aportación de la Corte de Casación francesa*”, RDBB, núm. 60, 1995, pp. 1157 ss; También TAPIA HERMIDA, A., “*El concepto de “utilización de información privilegiada”*”, RDBB núm. 120, octubre-diciembre 2010, pp. 96-113.

²⁰³⁶ Se delimitan los elementos, de la definición de la siguiente manera: a) “La información tiene carácter concreto si se refiere a una serie de circunstancias que se dan o que se puede esperar razonablemente que se van a dar, o a un hecho que ha sucedido o que se puede esperar razonablemente que va a suceder, siempre que esa información sea suficientemente específica para permitir extraer alguna conclusión sobre los efectos que esas circunstancias o ese hecho podrían tener en los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos derivados relacionados, de los contratos de contado sobre materias primas relacionados con ellos, o de los productos subastados basados en derechos de emisión”. La duración en el tiempo, más o menos prolongada, pero en ningún caso inexistente, y normalmente de relativamente larga duración cuando de sociedades cotizadas se trata, determina que hayan de tomarse en consideración que “en el caso de tratarse de un proceso prolongado en el tiempo con el que se pretenda generar o que tenga como consecuencia determinadas circunstancias o un hecho concreto, podrán tener la consideración de información de carácter concreto tanto esa circunstancia o ese hecho futuros como las etapas intermedias de ese proceso que estén ligadas a la generación o provocación de esa circunstancia o ese hecho futuros” y que “una etapa intermedia de un proceso prolongado en el tiempo tendrá la consideración de información privilegiada si, por sí misma, cumple los criterios relativos a la información privilegiada”, artículo 7.2 y 3; b) “se entenderá por información que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre los precios de instrumentos financieros, instrumentos financieros derivados, contratos de contado sobre materias primas relacionados con ellos, o productos subastados basados en derechos de emisión, aquella información que un inversor razonable utilizaría probablemente como uno de los elementos de la motivación básica de sus decisiones de inversión. En el caso de los participantes del mercado de derechos de emisión con emisiones agregadas o una potencia térmica nominal igual o inferior al umbral establecido (...), se considerará que la información sobre sus operaciones físicas no tiene un efecto significativo sobre el precio de los derechos de emisión, de los productos subastados basados en esos derechos o de los instrumentos financieros derivados”, artículo 7.4; Sobre la definición de información privilegiada en el Reglamento TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*La nueva arquitectura del Derecho Comunitario del Mercado de Valores. Comentario urgente a los Reglamentos y Directivas sobre el mercado de instrumentos financieros y el abuso de mercado*), p. 43.

²⁰³⁷ La definición legal de información privilegiada, ha venido siendo históricamente similar, así se venía afirmando, en base a la regulación contenida en el apartado primero del artículo 1, de la Directiva 89/592, que la información debía cumplir varios requisitos, concretamente los de “no haberse hecho pública, tener carácter preciso, referirse a un emisor de valores negociables o a los propios valores negociables y, de hacerse pública, ser capaz de influir de manera apreciable sobre la cotización de esos valores”, constituyendo la defensa de la integridad de los mercados de instrumentos financieros su leitmotiv, bien que solo con la aprobación de la Directiva 2003/6 se haya incorporado la idea de “transparencia” al marco relativo a la protección de los mercados de instrumentos financieros. Sobre la noción de información privilegiada en una cierta perspectiva histórica PRAT RODRIGO, M., “*El uso ilegal de información privilegiada en las ofertas públicas de adquisición de acciones (EE. UU. 1933-1988)*”, DEUSTO, Bilbao 1990, especialmente pp. 36-42; También E. HERNÁNDEZ SAINZ, E., op. cit. (*La prohibición de los abusos de información privilegiada en el Derecho del Mercado*

de *Valores Francés*), pp. 156-163, y en op. cit. (*El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*), pp. 104-183; Sobre la evolución de las regulaciones en los mercados de instrumentos financieros norteamericanos, ENTRENA RUÍZ, D., op. cit. (*El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*), pp. 411-562.

²⁰³⁸ Constituye también información privilegiada, la siguiente: “b) en relación con los instrumentos derivados sobre materias primas, la información de carácter concreto que no se haya hecho pública, que se refiera directa o indirectamente a uno o varios de esos instrumentos derivados o directamente a un contrato de contado sobre materias primas relacionado con ellos y que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre los precios de dichos instrumentos derivados o contratos de contado sobre materias primas relacionados con ellos, y siempre que se trate de información de la que quepa razonable mente esperar que se haga pública o que deba hacerse pública obligatoriamente, de acuerdo con lo previsto en las disposiciones legales o reglamentarias de la Unión o nacionales, en las normas del mercado, en los contratos o en los usos y las prácticas de los correspondientes mercados de derivados sobre materias primas o de contado; c) en relación con los derechos de emisión o con los productos subastados basados en esos derechos, la información de carácter concreto que no se haya hecho pública, que se refiera directa o indirectamente a uno o varios de esos instrumentos financieros y que, de hacerse pública, podría influir de manera apreciable sobre los precios de dichos instrumentos o de los instrumentos financieros derivados relacionados con ellos”

²⁰³⁹ Según el artículo 12.1 del Reglamento No. 596/2014, la “manipulación de mercado” incluye las “siguientes actividades: a) ejecutar una operación, dar una orden de negociación o cualquier otra conducta que: i) transmita o pueda transmitir señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado con él, o bien ii) fije o pueda fijar en un nivel anormal o artificial el precio de uno o varios instrumentos financieros o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado con ellos, a menos que la persona que hubiese efectuado la operación o dado la orden de negociación o realizado cualquier otra conducta demuestre que esa operación, orden o conducta se han efectuado por razones legítimas y de conformidad con una práctica de mercado aceptada (...); b) ejecutar una operación, dar una orden de negociación o cualquier otra actividad o conducta que afecte o pueda afectar, mediante mecanismos ficticios o cualquier otra forma de engaño o artificio, al precio de uno o varios instrumentos financieros, de un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de un producto subastado basado en derechos de emisión; c) difundir información a través de los medios de comunicación, incluido internet, o por cualquier otro medio, transmitiendo así o pudiendo transmitir señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero, de un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de un producto subastado basado en derechos de emisión, o pudiendo así fijar en un nivel anormal o artificial el precio de uno o varios instrumentos financieros, de un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de un producto subastado basado en derechos de emisión, incluida la difusión de rumores, cuando el autor de la difusión sepa o debiera saber que la información era falsa o engañosa; d) transmitir información falsa o engañosa o suministrar datos falsos en relación con un índice de referencia, cuando el autor de la transmisión o del suministro de datos supiera o debiera haber sabido que eran falsos o engañosos, o cualquier otra conducta que suponga una manipulación del cálculo de un índice de referencia”. Se enuncian, a título ejemplificativo, en el artículo 12.2 un elenco de conductas que se consideran “manipulación de mercado”.

²⁰⁴⁰ Artículo 11.2 del Reglamento 596/2014.

²⁰⁴¹ Artículo 11.3 del Reglamento 596/2014

²⁰⁴² Según el artículo 11.5 del Reglamento 596/2014, el participante del mercado que comunica información deberá, previamente a la comunicación de información: a) obtener el consentimiento de la persona receptora de la prospección de mercado para la recepción de información privilegiada; b) informar a la persona receptora de la prospección de mercado de que se le prohíbe utilizar dicha información, o intentar utilizarla, adquiriendo, transmitiendo o cediendo, por cuenta propia o de terceros, directa o indirectamente, instrumentos financieros que guarden relación con esa información; c) informar a la persona receptora de la prospección de mercado de que se le prohíbe utilizar dicha información, o intentar utilizarla, mediante la cancelación o modificación de una orden ya dada relativa a un instrumento financiero con el que guarde relación la información, y, d) informar a la persona receptora de la prospección de mercado de que al aceptar la recepción de la información se obliga a mantener su confidencialidad. El participante del mercado que comunica la información deberá realizar y mantener un registro de toda la información facilitada a la persona receptora de la prospección de mercado, incluida la información facilitada con arreglo al párrafo primero, letras a) a d), y la identidad de los inversores potenciales a los que se ha revelado la información, incluidas, aunque no exclusivamente, las personas jurídicas y las personas físicas que actúen en nombre del inversor potencial, así como la fecha y la hora de cada comunicación. El participante del mercado que comunica la información proporcionará dicho registro a la autoridad competente a requerimiento de esta”.

²⁰⁴³ Según el artículo 8.1 del Reglamento (UE) No 596/2014 aludido, son “operaciones con información privilegiada”, aquellas “realizadas por una persona que dispone de información privilegiada y que la utiliza adquiriendo, transmitiendo o cediendo, por cuenta propia o de terceros, directa o indirectamente, los instrumentos financieros a los que se refiere esa información”, considerándose asimismo como operación con información privilegiada “la utilización de este tipo de información cancelando o modificando una orden relativa al instrumento financiero al que se refiere la información, cuando se hubiese dado la orden antes de que el interesado tuviera conocimiento de la información privilegiada. En relación con las subastas de derechos de emisión u otros productos subastados basados en esos derechos, celebradas de conformidad con el Reglamento (UE) no 1031/2010, la utilización de información privilegiada incluye asimismo la presentación, modificación o retirada de una oferta por una persona tanto cuando actúe por cuenta propia como de terceros”; TAPIA HERMIDA, A., “*La prohibición de revelar información privilegiada: Su delimitación y alcance para los miembros del órgano de administración o de control elegidos por los trabajadores*”, RDBB núm. 109, 2008, pp. 77-90.

²⁰⁴⁴ Que se produce cuando una persona que posee dicha información: a) recomienda, sobre la base de dicha información, que otra persona adquiera, transmita o ceda instrumentos financieros a los que se refiere la información, o induce a esa persona a realizar la adquisición, transmisión o cesión, o b) recomienda, sobre la base de dicha información, que otra persona cancele o modifique una orden relativa al instrumento financiero al que se refiere la información, o induce a dicha persona a realizar esa cancelación o modificación”. Igualmente seguir aquellas las recomendaciones o inducciones “se considerará como operación con información privilegiada (...) cuando la persona que siga la recomendación o inducción sepa o debiera saber que estas se basan en información privilegiada (artículos 8.2 y 3 del Reglamento 596/2014).

²⁰⁴⁵ TAPIA HERMIDA, A., op. cit. (*La prohibición de revelar información privilegiada: Su delimitación y alcance para los miembros del órgano de administración o de control elegidos por los trabajadores*), especialmente pp. 55-70.

²⁰⁴⁶ Se mantiene el sistema de “cláusula general”; Sobre la “cláusula general”, en nuestro sistema, A. MARTÍNEZ FLORES, A., “*Sobre los destinatarios de la prohibición de usar información privilegiada (artículo 81.2 de la Ley del Mercado de Valores Española)*”, en Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero”, v. III, MacGrawHill, Madrid 2002, especialmente pp. 2812, 2824-2830, y 2836-2842; Asimismo TAPIA HERMIDA, A., op. cit. (*El concepto de “utilización de información privilegiada”*), pp. 114-116.

²⁰⁴⁷ El “insider trading” “consiste básicamente, en que una persona realiza una operación en el mercado de valores aprovechándose de información que no está disponible para el resto de los inversores”, indica D. ENTRENA RUIZ, D, op. cit. (*El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*), p. 31; “Constituyendo la regulación del “abuso de mercado” un salto cualitativo en su evolución, y donde el empleo de información privilegiada incluye su mera y simple “revelación” (comunicación). Significativo es que “actualmente el término “insider” es empleado por el Derecho comparado para identificar a quien utiliza la información privilegiada en su propio beneficio y se utiliza en un sentido amplio, comprendiendo “outsiders” e “initiés” (...). Paralelamente a esta evolución del término “insider” , hoy en día cuando se habla de “insider trading” , se incluye tanto los negocios ilícitos realizados sobre los valores de una sociedad, por un sujeto vinculado a la misma, que posee información relativa a ella, como a los que realice cualquier persona que posea información no accesible al público, relativa a emisores cuyos valores son objeto de transacción o al mercado en que se negocian dichos valores”, indica MINGUELL ELEIZALDE, B., “*Información privilegiada*”, en Instituciones del mercado financiero. El Mercado de Valores Organización, control y sujetos intervinientes”, V. VI, La Ley, Madrid 1999, p. 3969. Por ello ha de plantearse el paso desde la “prohibición de abusar de información privilegiada” a la prohibición del uso o simple utilización de información privilegiada, SÁNCHEZ CALERO, F., “*Las sociedades cotizadas o bursátiles en el Derecho Español*”, en Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura Tuells, T. III, La Ley, Madrid 1994, especialmente pp. 2380-2382; TAPIA HERMIDA, A. J., “*Derecho del Mercado de Valores*”, CALAMO, Barcelona 2003, pp. 3321-332; También el “Acuerdo Multilateral sobre Consulta, Cooperación e Intercambio de Información”, de IOSCO, mayo 2002, apartados 4 y 6.

²⁰⁴⁸ Según HERNÁNDEZ SAINZ, E., op. cit. (*El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*), p. 242, “los abusos de información privilegiada cometidos por los administradores de una sociedad cotizada sólo causan daños efectivos a su sociedad en supuestos excepcionales”.

²⁰⁴⁹ Son los insiders primarios, que no se confunden con los insiders secundarios o tipees, los cuales sin embargo quedan comprendidos en el ámbito de la prohibición.

²⁰⁵⁰ Considerando 57 del Reglamento 596/2014.

²⁰⁵¹ Considerando 59 del Reglamento 596/2014.

²⁰⁵² Como indica la STJCE de 10 de mayo de 2007, asunto C-391/04, Ypourgos Oikonomikon, Proïstamenos DOY Amfissas y Charilaos Georgakis, “la necesidad de garantizar la transparencia de las transacciones efectuadas por personas que ejercen competencias de dirección en entidades emisoras de valores y, en su caso, por personas estrechamente vinculadas con éstas, no figuraba, como tal, en la Directiva 89/592, mientras que de los considerandos décimo quinto, vigésimo sexto y vigésimo séptimo de la Directiva 2003/6 se desprende que, como medida preventiva contra el abuso de mercado, se incorporó el concepto de transparencia en el marco comunitario relativo a la protección de los mercados de instrumentos financieros mediante la adopción, en 2003, de esta última Directiva que, en el momento de su entrada en vigor, derogó la Directiva 89/592”;

²⁰⁵³ Según establecen los artículos 18 (“listas de iniciados”), y 19 (“operaciones realizadas por directivos”) del Reglamento 596/2014, titulado, en sus aspectos más relevantes, son los siguientes: 1) Artículo 18: “1. Los emisores o las personas que actúen en su nombre o por su cuenta, deberán: a) elaborar una lista de todas las personas que tengan acceso a información privilegiada y trabajen para ellas en virtud de un contrato de trabajo, o que desempeñen funciones a través de las cuales tengan acceso a información privilegiada, como asesores, contables o agencias de calificación crediticia (lista de iniciados); b) actualizar sin demora la lista de iniciados con arreglo al apartado 4, y c) facilitar la lista de iniciados lo antes posible a la autoridad competente a requerimiento de esta. 2. Los emisores o las personas que actúen en su nombre o por su cuenta, deberán adoptar todas las medidas razonables para garantizar que toda persona que figure en la lista de iniciados reconozca por escrito las obligaciones legales y reglamentarias que ello implica y sea consciente de las sanciones aplicables a las operaciones con información privilegiada y la comunicación ilícita de información privilegiada. (...). 3. La lista de iniciados incluirá al menos la información siguiente: a) la identidad de toda persona que tenga acceso a información privilegiada; b) el motivo de la inclusión de esa persona en la lista de iniciados; c) la fecha y la hora en que dicha persona obtuvo acceso a la información privilegiada, y d) la fecha de elaboración de la lista de personas con acceso a información privilegiada. 4. Los emisores o las personas que actúen en su nombre o por su cuenta actualizarán sin demora la lista de iniciados, incluyendo la fecha de la actualización en las siguientes circunstancias: a) cuando cambie el motivo de la inclusión de una persona que ya figure en la lista de iniciados; b) cuando deba incluirse en la lista de iniciados a una nueva persona, por tener acceso a información privilegiada, y c) cuando una persona deje de tener acceso a información privilegiada. (...). 5. Los emisores o las personas que actúen en su nombre o por su cuenta conservarán la lista de iniciados durante al menos cinco años a partir de su elaboración o actualización”; Artículo 19: “1. Las personas con responsabilidades de dirección, así como las personas estrechamente vinculadas con ellas, deberán notificar al emisor o al participante del mercado de derechos de emisión y a la autoridad competente (...): a) por lo que respecta a los emisores, toda operación ejecutada por cuenta propia relativa a acciones o instrumentos de deuda de dicho emisor, instrumentos derivados u otros instrumentos financieros vinculados a ellos; b) por lo que respecta a los participantes del mercado de derechos de emisión, toda operación ejecutada por cuenta propia relativa a derechos de emisión, productos subastados basados en esos derechos o instrumentos derivados relacionados con ellos. Dicha notificación se llevará a cabo sin demora y a más tardar en un plazo de tres días hábiles a partir de la fecha de la operación (...). 2. A efectos del apartado 1, y sin perjuicio del derecho de los Estados miembros de prever obligaciones de notificación distintas de las contempladas en el presente artículo, todas las operaciones que efectúen por cuenta propia las personas a las que se refiere el apartado 1 serán notificadas por dichas personas a las autoridades competentes. (...) 3. El emisor o el participante del mercado de derechos de emisión velarán por que la información que es notificada de conformidad con el apartado 1 se haga pública sin demora, y a más tardar dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de la operación, de una forma que permita un acceso rápido y no discriminatorio a esa información de conformidad con las normas técnicas de ejecución a que se refiere el artículo 17, apartado 10, letra a). El emisor o el participante del mercado de derechos de emisión se servirán de medios razonablemente fiables para la efectiva difusión de la información al público en toda la Unión y, en su caso, se servirán del mecanismo designado oficialmente contemplado en el artículo 21 de la Directiva 2004/109/CE. Como alternativa, la normativa nacional podrá prever que una autoridad competente pueda hacer pública la información por sí misma. (...). 5. Los emisores y los participantes del mercado de derechos de emisión notificarán por escrito a las personas con responsabilidades de dirección las obligaciones de las mismas en virtud del presente artículo. Los emisores y los participantes del mercado de derechos de emisión elaborarán una lista de todas las personas con responsabilidades de dirección y personas estrechamente vinculadas con ellas (...). 6. La notificación de operaciones contemplada en el apartado 1 deberá contener la información siguiente: a) el nombre de la persona; b) el motivo de la notificación; c) el nombre del emisor o participante del mercado de derechos de emisión de que se trate; d) la descripción y el identificador del instrumento financiero; e) la naturaleza de la operación u operaciones (por ejemplo, adquisición o transmisión), indicando si están vinculadas al ejercicio de programas de opciones de acciones (...); f) la fecha y el lugar de la operación u operaciones, y g) el precio y el volumen de las operaciones”.

²⁰⁵⁴ Que “establece normas mínimas en materia de sanciones penales aplicables a las operaciones con información privilegiada, la comunicación ilícita de información privilegiada y la manipulación de mercado, con el fin de garantizar la integridad de los mercados financieros de la Unión y aumentar la protección de los inversores y la confianza en esos mercados”, art. 1.1. Por ello “los Estados miembros son libres de adoptar o mantener normas penales más estrictas en materia de abuso de mercado”, precisa aquella Directiva en su Considerando 20.

²⁰⁵⁵ La imposición de sanciones administrativas y/o penales dependía hasta la adopción de esta Directiva de cada sistema nacional. Según MONROY ANTÓN, A. J., “*El bien jurídico protegido en el delito de abuso de información privilegiada*”, RDBB, núm. 98, abril-junio 2005, p. 78, en el delito de abuso de información privilegiada el bien jurídico protegido consistiría “en el correcto funcionamiento del mercado de valores, plasmado a su vez en la defensa del patrimonio de los inversores, la igualdad de oportunidades entre ellos y la transparencia de dicho mercado”; También D. ENTRENA RUÍZ, D., op. cit., (*El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*), Se pronuncia sobre el tema especialmente pp. 125 ss.; Así como E. HERNÁNDEZ SAINS, E., op. cit. (*El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*), pp. 36-37, 233 y 515; Según TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*La nueva arquitectura del Derecho Comunitario del Mercado de Valores. Comentario urgente a los Reglamentos y Directivas sobre el mercado de instrumentos financieros y el abuso de mercado*), p. 47: “La promulgación de esta Directiva obedece a dos causas: a) Por una parte, a la necesidad imperiosa de reforzar el cumplimiento de las normas sobre abuso de mercado imponiendo sanciones penales que demuestren la desaprobación social más severa. b) Por otra parte, a la falta de armonización de los Ordenamientos de los Estados miembros tanto porque no todos los Estados han establecido sanciones penales para algunas formas de infracciones graves de la normativa nacional que traspuso la Directiva 2003/6/CE como porque aquellos Estados que sí las han establecido presentan soluciones penales diversas”.

²⁰⁵⁶ Considerando 1 de la Directiva 2014/57; D. ENTRENA RUÍZ, D., op. cit. (*El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*), precisa en p. 122, en la infracción de uso ilegal de información privilegiada (al tratarse de una infracción de peligro abstracto, el conocimiento del peligro no es exigido en el tipo) “realmente se desconoce cuál es el efecto concreto y exacto que sobre el mercado provoca una operación aprovechándose de ella. Lo más que se llega a aventurar es que distorsiona la libre formación de los precios y merma la confianza de los inversores”; También GÓMEZ INIESTA, A., “*Sanciones administrativas y penales en el ámbito del mercado de valores*”, en “Instituciones del Mercado financiero” (Alonso Ureba, A., y Martínez Simancas, J., dir.), La Ley, Madrid 1999, p. 409; HERNÁNDEZ SAINZ, E., op. cit. (*El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*), p. 282, que afirma: “No hay ninguna razón que justifique que los mercados de valores queden al margen de las exigencias de “juego limpio” y comportamiento honesto que se imponen con carácter general en los mercados de bienes y servicios. La justicia como valor superior de nuestro ordenamiento consagrado por la Constitución, impone la corrección de actuaciones de quienes participan en cualesquiera mercados”.

²⁰⁵⁷ Considerando 4 de la Directiva 2014/57.

²⁰⁵⁸ En su Considerando 7, de la Directiva 2014/57, según el cual: “No todos los Estados miembros han establecido sanciones penales para algunas formas de infracciones graves de la normativa nacional por la que se transpone la Directiva 2003/6/CE. Los planteamientos diferentes de los Estados miembros merman la uniformidad de condiciones de actuación en el mercado interior y pueden representar un incentivo para que se cometa abuso de mercado en aquellos Estados miembros en los que no se prevén sanciones penales para esas infracciones. Además, hasta ahora no ha habido un acuerdo en el ámbito de la Unión sobre qué conducta se considera que constituye una infracción grave de las normas sobre abuso de mercado. Por consiguiente, deben establecerse normas mínimas en relación con la definición de las infracciones penales cometidas por personas físicas, de la responsabilidad en la que incurran las personas jurídicas, así como de las sanciones aplicables. Unas normas mínimas comunes permitirían también utilizar métodos de investigación y una cooperación más eficaces dentro de cada Estado miembro y entre ellos. Habida cuenta de la crisis financiera, es evidente que la manipulación de mercado puede tener repercusiones nefastas en las vidas de millones de personas. El escándalo del LIBOR, un grave caso de manipulación de los índices de referencia, demostró que existen problemas y lagunas importantes que repercuten seriamente en la confianza del mercado y pueden provocar grandes pérdidas a los inversores y distorsiones de la economía real. La inexistencia de un régimen común de sanciones penales en la Unión crea oportunidades para que los autores de prácticas de abuso de mercado se aprovechen de los regímenes menos estrictos de algunos Estados miembros. La imposición de sanciones penales por abuso de mercado tendrá un mayor efecto disuasorio en los posibles infractores”; Ha de repararse en que “el sistema de “cláusula general” deducible del contenido de la Directiva 2003/6 y LMV, y el principio de libre circulación de capitales determina que dudosamente pueda considerarse que sigue siendo aplicable la jurisprudencia comunitaria según la cual, el Derecho comunitario “no se opone a la aplicación de

disposiciones legales de un Estado miembro más restrictivas que las previstas en (la) Directiva en lo que respecta a la prohibición de explotar información privilegiada, siempre que el alcance de la definición de la información privilegiada utilizada para aplicar la legislación correspondiente sea idéntico para todas las personas físicas o jurídicas a las que ésta se refiere” (STJCE de 3 de mayo de 2001, asunto C-28/99, Juan Verdonck, Ronald Everaert y Édith de Baedts). La Directiva 89/592, expresamente admitía en su artículo 6 la posibilidad de que los Estados miembros establecieran disposiciones más restrictivas, siempre que fueran de aplicación general, semejante posibilidad desapareció en la Directiva 2003/06, y vuelto a reaparecer con el Reglamento 596/2014.

²⁰⁵⁹ Considerando 8; Según sus Considerando 11 y 12 de la Directiva 2014/57: “11. A efectos de la presente Directiva, se han de considerar graves las operaciones con información privilegiada y la comunicación ilícita de información privilegiada en casos en que sea elevado el impacto en la integridad del mercado, el beneficio derivado real o potencial o las pérdidas evitadas, la importancia del daño causado al mercado o el valor general de los instrumentos financieros, entre otros”; “12. A efectos de la presente Directiva, la manipulación de mercado se debe considerar grave en casos en que sea elevado el impacto en la integridad del mercado, el beneficio derivado real o potencial o las pérdidas evitadas, la importancia del daño causado al mercado o el nivel de la alteración del valor del instrumento financiero o del contrato de contado sobre materias primas o el importe de los fondos utilizados inicialmente, entre otros, o cuando la manipulación se haya cometido por una persona empleada o que trabaje en el sector financiero o en una autoridad supervisora o reguladora”.

²⁰⁶⁰ Considerando 10 de la Directiva 2014/57.

²⁰⁶¹ Considerando 21 de la Directiva 2014/57

²⁰⁶² Considerando 13 de la Directiva 2014/57

²⁰⁶³ Considerando 13 y 15 de la Directiva 2014/57; Sobre si es preferible utilizar la vía penal o sancionadora administrativa, la compatibilidad de la vía penal y sancionadora administrativa, y la aplicación del principio “ne bis in idem”, en materia de represión de conductas constitutivas de empleo ilegal de información privilegiada (abuso del mercado), ENTRENA RUÍZ, D., op. cit. (*El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*), pp. 355-368 y 405-410; También HERNÁNDEZ SAINZ, E., op. cit., (*La prohibición de los abusos de información privilegiada en el Derecho del Mercado de Valores Francés*), pp. 761-770.

²⁰⁶⁴ Artículo 3, según el cual: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurarse de que las operaciones con información privilegiada o la recomendación o inducción a otra persona a realizar operaciones con información privilegiada a que se refieren los apartados 2 a 8 constituyan infracciones penales, al menos en los casos graves y cuando se hayan cometido intencionalmente. 2. A efectos de la presente Directiva, las operaciones con información privilegiada son las realizadas por una persona que dispone de información privilegiada y que la utiliza adquiriendo, transmitiendo o cediendo, por cuenta propia o de terceros, directa o indirectamente, los instrumentos financieros a los que se refiere esa información. 3. El presente artículo se aplicará a cualquier persona que posea información privilegiada por encontrarse en alguno de los supuestos siguientes: a) ser miembro de los órganos de administración, gestión o supervisión del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión; b) participar en el capital del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión; c) tener acceso a dicha información en el ejercicio de su trabajo, profesión o funciones, o d) estar involucrada en actividades delictivas. El presente artículo se aplicará también a toda persona que obtenga información privilegiada en circunstancias distintas de las mencionadas en el párrafo primero cuando dicha persona sepa que se trata de información privilegiada”. (...). 4. Se considerará asimismo como operación con información privilegiada la utilización de este tipo de información cancelando o modificando una orden relativa al instrumento financiero al que se refiere la información, cuando se hubiese dado la orden antes de que el interesado tuviera conocimiento de la información privilegiada”. (...). 6. A efectos de la presente Directiva, recomendar que una persona realice operaciones con información privilegiada o inducir a una persona a que realice operaciones con información privilegiada se produce cuando una persona que posee dicha información: a) recomienda, sobre la base de dicha información, que otra persona adquiera, transmita o ceda instrumentos financieros a los que se refiere la información, o induce a esa persona a realizar la adquisición, transmisión o cesión, o b) recomienda, sobre la base de dicha información, que otra persona cancele o modifique una orden relativa a un instrumento financiero al que se refiere la información, o induce a dicha persona a realizar la cancelación o modificación; Artículo 4, (comunicación ilícita de información privilegiada), “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la comunicación ilícita de información privilegiada a que se refieren los apartados 2 a 5 constituya infracción penal, al menos en los casos graves y cuando se haya cometido intencionalmente. 2. A efectos de la presente Directiva, existe comunicación ilícita de información privilegiada cuando una persona posee información privilegiada y la revela a cualquier otra persona, excepto cuando dicha revelación se produce en el normal ejercicio de su trabajo, profesión o funciones, incluyendo el

caso en que la revelación se considere una prospección de mercado (...). 3. El presente artículo se aplicará a cualquier persona que se encuentre en las situaciones o las circunstancias a que se hace referencia en el artículo 3, apartado 3. 4. A efectos de la presente Directiva, las recomendaciones o las inducciones a que se refiere el artículo 3, apartado 6, se considerarán como comunicación ilícita de información privilegiada en virtud del presente artículo cuando la persona de quien proceda la recomendación o inducción sepa que se basaba en información privilegiada. 5. El presente artículo se aplicará de acuerdo con la necesidad de proteger la libertad de prensa y de expresión”.

²⁰⁶⁵ Artículo 4: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la comunicación ilícita de información privilegiada a que se refieren los apartados 2 a 5 constituya infracción penal, al menos en los casos graves y cuando se haya cometido intencionalmente. 2. A efectos de la presente Directiva, existe comunicación ilícita de información privilegiada cuando una persona posee información privilegiada y la revela a cualquier otra persona, excepto cuando dicha revelación se produce en el normal ejercicio de su trabajo, profesión o funciones, incluyendo el caso en que la revelación se considere una prospección de mercado realizada de acuerdo con el artículo 11, apartados 1 a 8, del Reglamento (UE) no 596/2014. 3. El presente artículo se aplicará a cualquier persona que se encuentre en las situaciones o las circunstancias a que se hace referencia en el artículo 3, apartado 3. 4. A efectos de la presente Directiva, las recomendaciones o las inducciones a que se refiere el artículo 3, apartado 6, se considerarán como comunicación ilícita de información privilegiada en virtud del presente artículo cuando la persona de quien proceda la recomendación o inducción sepa que se basaba en información privilegiada. 5. El presente artículo se aplicará de acuerdo con la necesidad de proteger la libertad de prensa y de expresión”.

²⁰⁶⁶ Artículo 5: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la manipulación de mercado a que se refiere el apartado 2 constituya una infracción penal al menos en los casos graves y cuando se haya cometido intencionalmente. 2. A efectos de la presente Directiva, la manipulación de mercado incluirá las siguientes actividades: a) ejecutar una operación, dar una orden de negociación o cualquier otra conducta que: i) transmita señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado con él, o bien ii) fije en un nivel anormal o artificial el precio de uno o varios instrumentos financieros o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado con ellos, a menos que las razones por las que la persona que hubiese efectuado la operación o dado las órdenes de negociación sean legítimas y que esas operaciones u órdenes se ajusten a las prácticas de mercado aceptadas en el centro de negociación de que se trate; b) ejecutar una operación, dar una orden de negociación o cualquier otra actividad o conducta que afecte, mediante mecanismos ficticios o cualquier otra forma de engaño o artificio, al precio de uno o varios instrumentos financieros o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado con ellos; c) difundir información a través de los medios de comunicación, incluido internet, o por cualquier otro medio, transmitiendo así señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado, o pudiendo así fijar en un nivel anormal o artificial el precio de uno o varios instrumentos financieros o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado, cuando las personas que difundieron la información en cuestión obtengan de ella una ventaja o un beneficio para sí mismas o para terceros, o d) transmitir información falsa o engañosa, suministrar datos falsos o engañosos, o cualquier otra conducta que suponga una manipulación del cálculo de un índice de referencia”.

²⁰⁶⁷ Artículo 7 (sanciones penales respecto a las personas físicas): “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones mencionadas en los artículos 3 a 6 puedan castigarse con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias. 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones mencionadas en los artículos 3 y 5 se castiguen con una sanción máxima de privación de libertad de al menos cuatro años. 3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones mencionadas en el artículo 4 se castiguen con una sanción máxima de privación de libertad de al menos dos años”; Artículo 8 (Responsabilidad de las personas jurídicas): 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 6, que hayan sido cometidas en beneficio de aquellas por cualquier persona, ya sea que actúe a título Individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, y que ocupe un cargo directivo dentro de la persona jurídica, basadas en: a) el poder de representación de la persona jurídica; b) la facultad de tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o c) la facultad de ejercer control dentro de la persona jurídica. 2. Los Estados miembros adoptarán también las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la ausencia de supervisión o control por parte de la persona a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona bajo su autoridad cometa, en beneficio de la persona jurídica, alguna de las infracciones a las que se hace referencia en los artículos 3 a 6. 3. La responsabilidad de las personas jurídicas de conformidad con los apartados 1 y 2 no se entiende sin perjuicio de seguir la vía

procesal penal contra las personas físicas que estén implicadas como autoras, incitadoras o cómplices de las infracciones a las que se hace referencia en los artículos 3 a 6”.

²⁰⁶⁸ Artículo 285 CP: “1. Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años. 2. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años, la multa del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años, cuando en las conductas descritas en el apartado anterior concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas. 2.ª Que el beneficio obtenido sea de notoria importancia. 3.ª Que se cause grave daño a los intereses generales”; Artículo 442: “La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triple del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas de prisión de uno a tres años, multa del tanto al séxtuplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cuatro a seis años. Si resultara grave daño para la causa pública o para el tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años. A los efectos de este artículo se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada”; Según D. ENTRENA RUÍZ, D., op. cit. (*El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador*), p. 1120, “tanto el tipo penal como el administrativo pueden ser calificados como delito e infracción administrativa de peligro, en la medida en que no requieren un resultado lesivo contra el bien jurídico protegido, son tan solo su puesta en peligro”, En el mismo sentido GÓMEZ INIESTA, A., op. cit. (*Sanciones administrativas y penales en el ámbito del mercado de valores*), p. 431; También FUERTES, M., “*El Derecho sancionador en los mercados de valores: La eterna reforma*”, RDBB núm. 73, enero-marzo 1999, pp. 109 ss.; A. J. MONROY ANTÓN, A. J. op. cit. (*El bien jurídico protegido en el delito de abuso de información privilegiada*), p. 35 ss., propone, en p. 80, un tipo penal modificado, pues según considera, aun cuando el tipo penal “está correctamente definido, excepto por el hecho de que sólo incluye la información obtenida con ocasión del ejercicio de la actividad profesional o empresarial”, precisando, pp. 70-80, que “si de verdad se pretende proteger el correcto funcionamiento del mercado, es decir, la transparencias, la igualdad y el patrimonio de los inversores, hay que incluir en el tipo penal cualquier información relevante – (...)– provenga de donde provenga. Es este sentido, habría que ir mucho más allá del primer paso que da la Directiva 2003/6/CE, que ya incluye la información obtenida de actividades delictivas, e incluir cualquier vía de acceso a dicha información, castigando así tanto a los iniciados primarios como a los que obtienen información de éstos”.

²⁰⁶⁹ El artículo 2.1 de la Directiva 2003/6, establecía: “Los Estados miembros prohibirán a cualquier persona de las citadas en el párrafo segundo que posea información privilegiada utilizar dicha información adquiriendo o cediendo o intentando adquirir o ceder, por cuenta propia o de terceros, directa o indirectamente, instrumentos financieros a que se refiera dicha información”, El artículo 8.1 del reglamento 596/2014, establece: A efectos del presente Reglamento, las operaciones con información privilegiada son las realizadas por una persona que dispone de información privilegiada y que la utiliza adquiriendo, transmitiendo o cediendo, por cuenta propia o de terceros, directa o indirectamente, los instrumentos financieros a los que se refiere esa información. Se considerará asimismo como operación con información privilegiada la utilización de este tipo de información cancelando o modificando una orden relativa al instrumento financiero al que se refiere la información, cuando se hubiese dado la orden antes de que el interesado tuviera conocimiento de la información privilegiada. En relación con las subastas de derechos de emisión u otros productos subastados basados en esos derechos, celebradas de conformidad con el Reglamento (UE) no 1031/2010, la utilización de información privilegiada incluye asimismo la presentación, modificación o retirada de una oferta por una persona tanto cuando actúe por cuenta propia como de terceros”.

²⁰⁷⁰ TAPIA HERMIDA, A., op. cit. (*El concepto de “utilización de información privilegiada”*), pp. 116-118.

²⁰⁷¹ STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck contra Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA).

²⁰⁷² SSTJUE de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00, Schmidberger y de 23 de diciembre de 2009, asunto C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck contra Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA). Al tenor de esta jurisprudencia “el respeto de los derechos humanos constituye un requisito de legalidad de los actos comunitarios y que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos”; Además según reiterada jurisprudencia constitucional “resulta contrario a las exigencias derivadas del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 CE aquellas aplicaciones de las normas sancionadoras que conduzcan a soluciones que se aparten del tenor literal del precepto o que resulten esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios, sea por su soporte metodológico, al derivar de una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante, o axiológico, al partir de una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional” (STC 6/2006, de 16 de enero).

²⁰⁷³ Según el razonamiento que efectúa la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, en las conclusiones 61 y 62 de las presentadas el 10 de septiembre de 2009 en el asunto C-45/08, Spector Photo Group NV Chris Van Raemdonck contra Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA): a) Que si bien quien realiza una operación con información privilegiada (artículo 8 del Reglamento 596/2014, antes con una redacción sustancialmente coincidente, el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/6) “debe en principio interpretarse en el sentido de que una actuación con conocimiento de la información privilegiada ya constituye una “utilización” en el sentido de dicha disposición”; b) Resulta que “una actuación con conocimiento de una información privilegiada no constituye siempre e inevitablemente una operación prohibida con información privilegiada”; c) De tal manera que, de seguro, “en situaciones en las que esté excluido que el conocimiento de una información privilegiada pueda influir en la actuación, no podrá hablarse de utilización de información privilegiada”. Añadiendo, en su conclusión 67, que “cuando una persona actúa en contra de la evolución futura de los precios que se desprende de la información privilegiada, no puede decirse que utilice dicha información. Lo cual no obsta que, si se tiene solamente en cuenta una “actuación con conocimiento de la información privilegiada”, deba “afirmarse la existencia de una operación con información privilegiada, puesto que existe un acto de disposición con conocimiento”. Concluyéndose “por consiguiente”, pero no irreprochablemente, lo siguiente: a) Que “la prohibición de las operaciones con información privilegiada se aplica cuando un poseedor (...) de información privilegiada hace una utilización indebida de la ventaja que le proporciona esta información efectuando una operación de mercado en consonancia con esta información”; b) Que “de ello se desprende que el hecho de que un poseedor (...) de información privilegiada efectúe una operación de mercado con los instrumentos financieros a los que se refiere esta información implica que dicha persona ha “utilizado esta información” (...), sin perjuicio del respeto del derecho de defensa y, en particular, del derecho a poder destruir esta presunción”.

²⁰⁷⁴ Sin que sea óbice a la siguiente afirmación del Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusión 37 de las presentadas el 16 de enero de 2008, en el asunto C-402/05 P, Yassin Abdullah Kadi contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas: “Ciertamente es correcto afirmar que, a la hora de garantizar la observancia de los derechos fundamentales en la Comunidad, el Tribunal de Justicia se inspira en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, subsisten importantes diferencias entre ambos Tribunales. La misión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Contratantes en virtud del Convenio. Aunque la finalidad del Convenio es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, está concebido para surtir primordialmente efectos como un acuerdo interestatal que crea obligaciones entre las Partes Contratantes en el ámbito internacional. Confirma lo anterior el mecanismo del Convenio para garantizar su ejecución intergubernamental. En cambio, el Tratado CE ha instaurado un ordenamiento jurídico autónomo, que genera directamente derechos y obligaciones tanto para los Estados como para los individuos. La misión del Tribunal de Justicia es actuar como tribunal constitucional del ordenamiento jurídico específico que constituye la Comunidad. Por consiguiente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia son únicos en cuanto a su competencia *ratione personae* y en cuanto a la relación de su respectivo sistema jurídico con el Derecho internacional público”.

²⁰⁷⁵ SSTDH de 7 de octubre de 1988, Salabiaku c. Francia, y 2de 5 de septiembre de 199 Pham Hoang c. Francia, invocadas por la STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck contra Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA).

²⁰⁷⁶ Comenta esta sentencia TAPIA HERMIDA, A., “Revelación de información privilegiada por los representantes de los trabajadores”, RTSS(CEF), núm. 277, abril 2006, pp. 105 ss.

²⁰⁷⁷ Con cita de su sentencia de 12 de diciembre de 1996, asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, X.

²⁰⁷⁸ Con cita de sus sentencias de 8 de octubre de 1987, 80/86 Kolpinghuis Nijmegen, y de 12 de diciembre de 1996, asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, X.

²⁰⁷⁹ En otro sentido afirman GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 215, que “el proyecto forma parte de la fase preparatoria, estrictamente precontractual”.

²⁰⁸⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 442, donde precisa, que “el proyecto defusión es el resultado de la fase previa de evaluaciones y negociaciones preparatorias en común”.

²⁰⁸¹ Considerando 4.

²⁰⁸² Sección 11.02 (a) MBCA que señala que “*one or more domestic business corporations may merge with one or more domestic or foreign business corporations (...) pursuant to a plan of merger, or two or more foreign business corporations (...) may merge into a new domestic business corporation to be created in the merger in the manner provided in this chapter*”.

²⁰⁸³ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., op. cit. (*Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades*), p. 247.

²⁰⁸⁴ Artículo 5; Como indica TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Fusiones y OPAS transfronterizas*), “la variedad de formas de organizar la gestión de las sociedades de los estados comunitarios -genéricamente reconducible a las estructuras monista y dualista- condicionará la identificación de dicho órgano en cada caso, dependiendo de los Estados implicados”.

²⁰⁸⁵ Section 902: Plan of merger or consolidation; California Corporations Code, section 1101: “The board of each corporation which desires to merge shall approve an agreement of merger. The constituent corporations shall be parties to the agreement of merger and other persons, including a parent party (Section 1200), may be parties to the agreement of merger”; Ohio Revised Code. Title XVII Corporations-Partnerships, sección 1701.79 Merger or consolidation into foreign corporation.: “To effect the merger or consolidation, the agreement shall be approved by the directors of each domestic constituent corporation, and adopted by the shareholders of each domestic constituent corporation, in the same manner and with the same notice to and vote of shareholders or of holders of a particular class of shares as is required by section 1701.78 of the Revised Code. The agreement shall also be approved or otherwise authorized by or on behalf of each foreign constituent corporation in accordance with the laws of the state under which it exists; North Dakota Century Code, Title 10. Corporations, Chapter 10-19.1 North Dakota Business Corporation Act, 10-19.1-96. Merger - Exchange – Transfer: “1. With or without a business purpose, a corporation may merge with another domestic or foreign organization under a plan of merger approved in the manner provided in this section and in sections 10-19.1-97”; Hawaii Business Corporation Act 14-311 Merger “(a) Pursuant to a plan of merger adopted by the board of directors and approved by the shareholders (if required under section 414-313), a domestic or foreign corporation may merge with one or more domestic professional corporations, or with one or more corporations or other business entities formed or organized under the laws of this State, any state or territory of the United States, any foreign jurisdiction, or any combination thereof, with one of the domestic professional corporations, domestic or foreign corporations, or other business entities whether domestic or foreign, being the surviving entity, as provided in the plan; provided that the merger is permitted by the law of the state or country under whose law each foreign entity that is a party to the merger is organized. (b) The plan of merger shall set forth”; Idaho Statutes, Title 30 Corporations, Chapter 1 General Business Corporations. Part 11. Merger and share exchange, 30-1-1102, Merger: “(1) One (1) or more domestic business corporations may merge with one (1) or more domestic or foreign business corporations or eligible entities pursuant to a plan of merger, or two (2) or more foreign business corporations or domestic or foreign eligible entities may merge into a new domestic business corporation to be created in the merger in the manner provided in this part. (2) A foreign business corporation, or a foreign eligible entity, may be a party to a merger with a domestic business corporation, or may be created by the terms of the plan of merger, only if the merger is permitted by the foreign business corporation or eligible entity. If the organic law of a domestic eligible entity does not provide procedures for the approval of a merger, a plan of merger may be adopted and approved, the merger effectuated, and appraisal rights exercised in accordance with the procedures in this part and part 13 of this chapter”; Illinois Compiled Statutes, Business Organizations (805 ILCS 5/) Business Corporation Act of 1983, article 11. Merger and Consolidation, Dissenters rights, Sec. 11.05. Procedure for merger or consolidation: “Any 2 or more corporations may merge into one of such corporations or consolidate into a new corporation in the following manner: The board of directors of each corporation shall, by resolution adopted by a majority vote of the members of each such board, approve a plan of merger or consolidation setting forth: (a) The names of the corporations proposing to merge or consolidate, and the name of the corporation into which they propose to merge, which is hereinafter designated as the surviving corporation or to consolidate, which is hereinafter designated as the new corporation. (b) The terms and conditions of the proposed merger or consolidation and the mode of carrying the same into effect”; Kentucky Revised Statutes, (KRS), Chapter 271B.11, 271B.11-010 Merger: (1) One (1) or more corporations may merge into another corporation if the board of directors of each corporation adopts and its shareholders (if required by KRS 271B.11-030) approve a plan of merger.(2) The plan of

merger shall set forth”; Louisiana Laws Revised Statutes. Sección 12:1-1102: “B. A foreign business corporation, or a foreign eligible entity, may be a party to a merger with a domestic business corporation, or may be created by the terms of the plan of merger, only if the merger is permitted by the organic law governing the foreign business corporation or foreign eligible entity, and only if the requirements of that law concerning the merger have been satisfied. A domestic eligible entity must approve the merger in accordance with the organic law applicable to it.

C. The plan of merger must include all of the following”; Massachusetts General Laws. Title XXII Corporations, Chapter 156D Business Corporations, Section 11.02. Merger: “One or more domestic corporations may merge with a domestic or foreign corporation or other entity pursuant to a plan of merger. (a) A foreign corporation, or a foreign other entity, may be a party to the merger, or may be created by the terms of the plan of merger, only if: (1) the merger is permitted by the laws under which the corporation or other entity is organized or by which it is governed; and (2) in effecting the merger, the corporation or other entity complies with such laws and with its articles of organization or organizational documents”; Nebraska Revised Statute, Chapter 21-2,162. Merger: (MBCA 11.02): “(a) One or more domestic business corporations may merge with one or more domestic or foreign business corporations (...) pursuant to a plan of merger or two or more foreign business corporations (...) may merge into a new domestic business corporation to be created in the merger in the manner provided in sections 21-2,161 to 21-2,168. (b) A foreign business corporation, (...), may be a party to a merger with a domestic business corporation or may be created by the terms of the plan of merger only if the merger is permitted by the organic law of the foreign business corporation”; Wisconsin Statutes. Chapter 180. Business Corporations. Sección 1101 Merger: “(1) One or more corporations may merge with or into one or more other business entities if the board of directors of each corporation, by resolution adopted by each board, approves a plan of merger and, if required by s. 180.1103, its shareholders also approve the plan of merger, and if the merger is permitted under the applicable law of the jurisdiction that governs each other business entity that is a party to the merger and each such business entity approves the plan of merger in the manner required by the laws applicable to the business entity. (2) The plan of merger shall set forth all of the following”; Wyoming Statutes, Title 17 - Corporations, Partnerships and Associations. Chapter – Business corporations. Sección 16-1102. Merger: “(a) One (1) or more domestic business corporations may merge with one (1) or more domestic or foreign business corporations or eligible entities pursuant to a plan of merger, or two (2) or more foreign business corporations or domestic or foreign eligible entities may merge into a new domestic business corporation to be created in the merger in the manner provided in this chapter. (b) A foreign business corporation, or a foreign eligible entity, may be a party to a merger with a domestic business corporation, or may be created by the terms of the plan of merger, only if the merger is permitted by the foreign business corporation or eligible entity. If Wyoming law does not otherwise provide procedures for the approval of a merger, a plan of merger may be adopted and approved, the merger effectuated, and appraisal rights exercised in accordance with the procedures in this article and article 13 of this chapter (...) (c) The plan of merger shall include”.

²⁰⁸⁶ Sección 11.06 (a); También en Kansas 2012 Statute, Article 67. - Merger or Consolidation, sección 7-6702: “The constituent corporations may merge into a single corporation, which may be any one of the constituent corporations, or they may consolidate into a new corporation formed by the consolidation, which may be a corporation of the state of incorporation of any one of the constituent corporations, pursuant to an agreement of merger or consolidation, as the case may be, complying and approved in accordance with this section. In addition, any one or more corporations organized under the laws of any jurisdiction other than one of the United States may merge or consolidate with one or more corporations existing under the laws of this state, if the laws under which the other corporation or corporations are formed permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction. (b) All the constituent corporations shall enter into an agreement of merger or consolidation. The agreement shall state (...) (c) The agreement shall be adopted, approved, certified and executed by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed, and, in the case of a Kansas corporation, in the same manner as provided in K.S.A. 17-6701, and amendments thereto”.

²⁰⁸⁷ Parágrafo 252 (b) y (c).

²⁰⁸⁸ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), pp. 439-440.

²⁰⁸⁹ Destaca TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Fusiones y OPAS transfronterizas*), p. 112.

²⁰⁹⁰ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 614, que precisan, “por idéntica razón el control de esa competencia debería corresponder a la autoridad de cada país, sin que el registro mercantil español deba entrar en la correcta suscripción del proyecto por los representantes de las sociedades extranjeras, y menos ahora que es posible prescindir del depósito del proyecto mediante la publicación en la página web de la sociedad española. En

ocasiones las normas y las autoridades extranjeras se muestran muy flexibles con los requisitos de suscripción del proyecto”.

²⁰⁹¹ Como precisa el comentario Oficial al párrafo 11.02, apartado 2: “A merger of a domestic corporation with a foreign corporation or a foreign other entity is authorized by chapter 11 only if the merger is permitted by the laws under which the foreign corporation or other entity is organized, and in effecting the merger the foreign business corporation or other entity complies with such laws. Whether and on what terms a foreign corporation or a foreign other entity is authorized to merge with a domestic corporation is a matter that is governed by the laws under which that corporation or other entity is organized or by which it is governed, not by chapter 11”. Establece en su párrafo 11.02 Merger: “(a) One or more domestic business corporations may merge with one or more domestic or foreign business corporations or eligible entities pursuant to a plan of merger, or two or more foreign business corporations or domestic or foreign eligible entities may merge into a new domestic business corporation to be created in the merger in the manner provided in this chapter. (b) A foreign business corporation, or a foreign eligible entity, may be a party to a merger with a domestic business corporation, or may be created by the terms of the plan of merger, only if the merger is permitted by the foreign business corporation or eligible entity”.

²⁰⁹² La Sección 11.04 MBCA indica que “(a) The plan of merger (...) must be adopted by the board of directors”, y que, “the board of directors must submit the plan to the shareholders for their approval”.

²⁰⁹³ El Comentario Oficial a la Sección 11.04 comienza señalando “under section 11.04, a plan of merger or share exchange must be adopted by the board. Thereafter, the board must submit the plan to the shareholders for their approval”.

²⁰⁹⁴ La Sección 251 de la Delaware GCL destaca que “(b) The board of directors of each corporation which desires to merge or consolidate shall adopt a resolution approving an agreement of merger or consolidation and declaring its advisability” y que “(c) The agreement required by subsection (b) of this section shall be submitted to the stockholders of each constituent corporation at an annual or special meeting for the purpose of acting on the agreement”.

²⁰⁹⁵ La NY Code señala Sección 902 (a) (NY Code - Section 902: Plan of merger or consolidation) y 903 (a) (NY Code - Section 903: Authorization by shareholders), que “(a) the board of each corporation proposing to participate in a merger or consolidation under section 901 (...) shall adopt a plan of merger or consolidation” y que “(a) The board of each constituent corporation, upon adopting such plan of merger or consolidation, shall submit such plan to a vote of shareholders”. A título de ejemplo baste con la cita de Michigan Compiled Laws, Business Corporation Act, 450.1703a Plan of merger or share exchange; approval. Sección 703a.: “(1) A plan of merger or share exchange adopted by the board of each constituent corporation shall, except as provided in subsection (2)(e) and (f), be submitted for approval at a meeting of the shareholders”; Wisconsin Statutes, Chapter 180. Business Corporations. Sección 180.1101. Merger : (1) One or more corporations may merge with or into one or more other business entities if the board of directors of each corporation, by resolution adopted by each board, approves a plan of merger and, if required by s. 180.1103, its shareholders also approve the plan of merger, and if the merger is permitted under the applicable law of the jurisdiction that governs each other business entity that is a party to the merger and each such business entity approves the plan of merger in the manner required by the laws applicable to the business entity”; Ohio Revised Code, Title XVII Corporations – Partnerships. 1701.79 Merger or consolidation into foreign corporation: “(D) To effect the merger or consolidation, the agreement shall be approved by the directors of each domestic constituent corporation, and adopted by the shareholders of each domestic constituent corporation, in the same manner and with the same notice to and vote of shareholders or of holders of a particular class of shares as is required by section 1701.78 of the Revised Code. The agreement shall also be approved or otherwise authorized by or on behalf of each foreign constituent corporation in accordance with the laws of the state under which it exists”.

²⁰⁹⁶ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 391, donde, con anterioridad, indica que “los propios términos legales indican la consideración del “proyecto común de fusión” como un negocio, de cuya firma por los administradores no caben dudas con respecto a la imposición expresa de una conducta que les prohíbe la realización de actos o contratos que puedan comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la relación de canje, además de la obligación de realizar conductas tendentes a la impulsión del proceso de fusión. Pero todo proyecto de fusión está destinado también a desencadenar su eficacia como consecuencia de su aprobación por las juntas de socios de todas las sociedades dentro de un determinado plazo, cuyo transcurso sin que esto haya sucedido, lleva que aquél quede sin efecto”.

²⁰⁹⁷ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 391.

²⁰⁹⁸ Según SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), pp. 391-395, “los administradores que elaboran el proyecto de fusión actúan asumiéndole al margen de una vinculación orgánica directa con la sociedades a las que pertenecen. No desarrollan una actividad gestora en representación de las sociedades, sino que intervienen en función de las competencias normativas que al respecto les concede la ley y por la que sólo ellos quedan vinculados directamente. Las sociedades permanecen ajenas al proyecto hasta tanto o manifiesten su voluntad de querer vincularse a un negocio que hasta el omento sólo les afecta indirectamente. Se está ante un negocio de fusión, celebrado por los administradores, pero que no vincula las sociedades hasta que éstas no manifiesten su voluntad aprobando el proyecto, y que requiere además que todas lo hagan para que sus efectos sean definitivamente vinculantes y, además, que lo hagan en el plazo señalado”, sobre la “admisión de acuerdos de fusión sin la existencia de un proyecto de fusión previo cuando están presentes o representados todos los socios y deciden por unanimidad al pronunciarse sobre una fusión al tratarse de junta universal de la sociedad”, y que “la inexistencia del proyecto de fusión con carácter previo a la adopción de los acuerdos por las sociedades participantes elimina, por mera coherencia sistemática, la posibilidad de que el negocio de fusión se ubique en aquél. Las sociedades participantes perfeccionarían en éste caso el negocio, al formalizarse la fusión mediante el otorgamiento de la escritura, en cuanto que éste es el único momento en el que coincide el consentimiento de todas ellas sobre el contenido de la fusión (...). Se ha querido posibilitar la no exigencia del proyecto de fusión y, en su caso, de modificación, en virtud de una mera economía de medios que evita tener que recurrir a la realización de determinados actos jurídicos sobre cuya existencia no tienen ningún interés los que son los propios socios interesados (...). En ese caso de inexistencia de un proyecto común de fusión, el negocio de fusión no se ubicaría tampoco en el proyecto de fusión por la razón obvia de su ausencia. Al faltar el proyecto de fusión se produciría una simplificación del procedimiento y el momento vinculante para las sociedades participantes devendría así el del otorgamiento por todas ellas de la escritura pública de fusión”. Ha de repararse, en relación con la exposición del mencionado autor que según su art. 42 LME: “1. El acuerdo de fusión podrá adoptarse sin necesidad de publicar o depositar previamente los documentos exigidos por la ley y sin informe de los administradores sobre el proyecto de fusión cuando se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la fusión, en junta universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente ese derecho. 2. Los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo, no podrán ser restringidos por el hecho de que la fusión sea aprobada en junta universal”, que inicialmente no era aplicable “cuando las sociedades participantes o la sociedad resultante de la fusión no sean anónimas o comanditarias por acciones y el acuerdo de fusión hubiera sido adoptado en junta de socios con la asistencia o representación de todos ellos y por unanimidad”, prerrestricción eliminada por art. 2.6 de la Ley 1/2012, de 22 de junio y art. 2.6 del Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo; En otro sentido GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 137-138, señalan que “la suscripción por los administradores del proyecto y la obligación de no éstos realizar ningún acto que pudiera comprometer la aprobación del mismo (art. 30.2) parece dar al proyecto un carácter negocial. Sin embargo, la necesidad de acuerdo en junta (art. 40 LME) supone que el consentimiento se produce en el momento de cada junta. Esto queda claro por su caducidad, ya que quedará sin efecto si no se aprueba por las juntas de todas las sociedades participantes en el plazo de seis meses (art. 30.3 LME). El carácter negocial del proyecto queda además en entredicho en la nueva regulación, pues ésta permite la toma del acuerdo antes de la existencia del proyecto en junta universal (art. 32 LME) o incluso la inexistencia del mismo (...). Por tanto el proyecto tiene un carácter preparatorio y su finalidad es fijar los términos comunes sobre los que se pronunciarán las juntas de las sociedades implicadas y, sobre todo, proporcionar información a los socios (...). Dada esa finalidad principal, se permite una cierta flexibilización en caso de junta universal (art. 32 LME), o incluso prescindir de las normas generales sobre el mismo”.

²⁰⁹⁹ La Delaware General Corporation Law, sección 252, establece: “(c) The agreement shall be adopted, approved, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed, and, in the case of a Delaware corporation, in the same manner as is provided in § 251 of this title. The agreement shall be filed and shall become effective for all purposes of the laws of this State when and as provided in § 251 of this title with respect to the merger or consolidation of corporations of this State”. A su vez el parágrafo 251 establece lo siguiente: (b) The board of directors of each corporation which desires to merge or consolidate shall adopt a resolution approving an agreement of merger or consolidation and declaring its advisability. The agreement shall state: (5) the manner, if any, of converting the shares of each of the constituent corporations into shares or other securities of the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation, or of cancelling some or all of such shares, and, if any shares of any of the constituent corporations are not to remain outstanding, to be converted solely into shares or other securities of the surviving or resulting corporation or to be cancelled, the cash, property, rights or securities of any other corporation or entity which the holders of such shares are

to receive in exchange for, or upon conversion of such shares and the surrender of any certificates evidencing them, which cash, property, rights or securities of any other corporation or entity may be in addition to or in lieu of shares or other securities of the surviving and (6) such other details or provisions as are deemed desirable, including, without limiting the generality of the foregoing, a provision for the payment of cash in lieu of the issuance or recognition of fractional shares, interests or rights, or for any other arrangement with respect thereto, consistent with § 155 of this title. The agreement so adopted shall be executed and acknowledged in accordance with § 103 of this title. Any of the terms of the agreement of merger or consolidation may be made dependent upon facts ascertainable outside of such agreement, provided that the manner in which such facts shall operate upon the terms of the agreement is clearly and expressly set forth in the agreement of merger or consolidation. The term “facts,” as used in the preceding sentence, includes, but is not limited to, the occurrence of any event, including a determination or action by any person or body, including the corporation Delaware General Corporation Law”; El California Corporations Code, Chapter 11. Merger, Sección 1101, establece: “The board of each corporation which desires to merge shall approve an agreement of merger. The constituent corporations shall be parties to the agreement of merger and other persons, including a parent party (Section 1200), may be parties to the agreement of merger”

²¹⁰⁰ Indica el artículo 5 de la Directiva 2005/56, que el “proyecto contendrá, al menos: b) la proporción aplicable al canje de los títulos o participaciones del capital social y, en su caso, el importe de cualquier pago en efectivo; c) las formas de entrega de los títulos o participaciones representativos del capital social de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza; d) las posibles consecuencias de la fusión transfronteriza sobre el empleo; e) la fecha a partir de la cual estos títulos o participaciones representativos del capital social darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho; (...); g) los derechos conferidos por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza a los socios que tuviesen derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las medidas propuestas que les conciernan; h) todas las ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen; i) los estatutos de la sociedad resultante de la fusión transfronteriza; j) si procede, información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16; Determina la Model Business Corporation Act, en su sección 11.04: “(c) The plan of merger must include: (3) the manner and basis of converting the shares of each merging domestic or foreign business corporation and eligible interests of each merging domestic or foreign eligible entity into shares or other securities, eligible interests, obligations, rights to acquire shares, other securities or eligible interests, cash, other property, or any combination of the foregoing; (4) the articles of incorporation of any domestic or foreign business or nonprofit corporation, or the organic documents of any domestic or foreign unincorporated entity, to be created by the merger, or if a new domestic or foreign business or nonprofit corporation or unincorporated entity is not to be created by the merger, any amendments to the survivor’s articles of incorporation or organic documents; and (5) any other provisions required by the laws under which any party to the merger is organized or by which it is governed, or by the articles of incorporation or organic document of any such party”; Según el artículo 5.2 de la Directiva 2011/35/UE, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas de la Unión Europea, establece que, el proyecto de fusión mencionará, entre otros extremos, “al menos: “b) la relación de canje de las acciones y, en su caso, el importe de la compensación en dinero; c) las modalidades de entrega de las acciones de la sociedad absorbente; d) la fecha a partir de la cual estas acciones darán derecho a participar en los beneficios, así como toda modalidad particular relativa a este derecho; (...) f) los derechos asegurados por la sociedad absorbente a los accionistas que tengan derechos especiales y a los tenedores de títulos que no sean acciones, o las medidas propuestas a su respecto; g) todas las ventajas particulares atribuidas a los peritos en el sentido del artículo 10, apartado 1, así como a los miembros de los órganos de administración, de dirección, de vigilancia o de control de las sociedades que se fusionan”; El artículo 59 de la Ley 3/2009, establece: “1. El proyecto común de fusión transfronteriza que habrán de redactar los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión contendrá al menos las menciones establecidas con carácter general para el proyecto común de fusión de sociedades. 2. El proyecto deberá incluir, además, las menciones siguientes: 1.ª Las ventajas particulares atribuidas a los expertos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen. 2.ª Si procede, la información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de esta Ley”, asu vez el artículo 31 de la isma Ley indica que “el proyecto común de fusión contendrá, al menos, las menciones siguientes: (...) 2.ª El tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje; 3.ª La incidencia que la fusión haya de tener sobre las aportaciones de industria o en

las prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante; 4.^a Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las opciones que se les ofrezcan; 5.^a Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad; 6.^a La fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho; (...) 8.^a Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión; (...); 11.^a Las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa”.

²¹⁰¹ “Para proteger los intereses tanto de los socios como de los terceros, resulta oportuno que, para cada una de las sociedades que se fusionan, tanto el proyecto común de fusión transfronteriza como la realización de la misma sean objeto de una publicidad efectuada en el registro público correspondiente”, indica el Considerando 5 de la Directiva 2005/56.

²¹⁰² DE CASTRO, F., op. cit. (*El Negocio Jurídico*), especialmente p. 51.

²¹⁰³ “No estamos, en fin, ante un precontrato”, afirma GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 106; De manera ambigua se refiere la Umwandlungsgesetz (UmwG), en sus párrafos 5, 60, 61 y 63.1, a “der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf”; Precisa LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 4478: “Respecto de las sociedades, el proyecto de fusión es una propuesta, un esquema prenegocial establecido por los respectivos órganos de administración actuando de consuno y que la hacerlo, han llegado al límite de las facultades que según la ley les corresponde en el procedimiento de fusión (...). Su contenido no vincula contractualmente a las sociedades; estas se encuentran todavía en una fase prenegocial”; Según SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 391, y con referencia a nuestro ordenamiento jurídico, afirma que “los propios términos legales indican la consideración del proyecto común de fusión” como un negocio, de cuya firma por los administradores no caben dudas en respecto a la imposición expresa de una conducta que les prohíbe la realización de actos o contratos que puedan comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la relación de canje (ar. 30.2), además de la obligación de realizar otras conductas tendentes a la impulsión del proceso de fusión y que se ponen de manifiesto a lo largo de toda su ordenación. Pero el proyecto de fusión está destinado también a desencadenar su eficacia como consecuencia de su aprobación por las juntas de socios de todas las sociedades dentro de un determinado plazo, cuyo transcurso sin que esto haya sucedido lleva a que aquél quede sin efecto (ar. 30.1). Las adhesiones de las sociedades al proyecto conllevan, por tanto, determinados efectos, en lo que significa de vinculación de ellas al proyecto. El problema es determinar qué significan jurídicamente las firmas del proyecto por los administradores y la fusión que cumplen la posteriores adhesiones a él de las sociedades que intervienen”.

²¹⁰⁴ DIEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*), p. 144; Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll. European law publishers GmbH, Munich 2009. Chapter 1: General provisions II. – 1:101: Meaning of “contract” and “juridical act”: “(1) A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act”, II. – 4:101: Requirements for the conclusion of a contract: “A contract is concluded, without any further requirement, if the parties: (a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and (b) reach a sufficient agreement”; II. – 4:103: Sufficient agreement: “(1) Agreement is sufficient if: (a) the terms of the contract have been sufficiently defined by the parties for the contract to be given effect; or (b) the terms of the contract, or the rights and obligations of the parties under it, can be otherwise sufficiently determined for the contract to be given effect”; Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando (Traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, BEALE, eds., Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, La Haya, 2000, págs. 1-93), Capítulo 2, Sección 1: Disposiciones generales. Artículo 2:101: Condiciones para la conclusión de un contrato: (1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente. (2) El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical”; Artículo 2:102: Intención: “La voluntad de una parte de obligarse por contrato se

determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte”: Artículo 2:103: Acuerdo suficiente: “Un acuerdo se considera suficiente: (a) Si las partes han definido sus cláusulas de manera suficiente para que el contrato pueda ejecutarse. (b) O si [su contenido] puede determinarse conforme a los presentes principios.”(2) No obstante, si una de las partes se niega a concluir un contrato en tanto no haya acuerdo entre los contratantes sobre una cuestión concreta, el contrato no existirá hasta que no se alcance un acuerdo sobre dicho aspecto”; Principios UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law / L’Institut international pour l’unification du droit privé, UNIDROIT) sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts), cuyo Preamble indica que Preamble: “Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales”, establece en los artículos que se relacionan lo siguiente: Artículo 1.1 (Libertad de contratación) “Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”; Artículo 1.2 (Libertad de forma): “Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos”; Artículo 1.3 (Carácter vinculante de los contratos): “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios”; Artículo 1.6 (Interpretación e integración de los Principios):(1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter inter-nacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. (2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes”; Artículo 3.1.2 (Validez del mero acuerdo): “Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional”; Artículo 3.1.3 (Imposibilidad inicial): “(1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída. (2) Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato”.

²¹⁰⁵ En otro sentido afirma LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 478, que “el proyecto de fusión incluso firmado por los administradores, no vincula a las sociedades que participan en la operación, dado que éstas todavía no se han pronunciado en relación al mismo a través del órgano competente que no es otro que las juntas de socios (...), la firma del proyecto de fusión por los administradores no es un acto de ejercicio del poder de representación”; Precisa SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), pp. 391-392, que “los administradores que elaboran el proyecto actúan asumiéndole al margen de una vinculación orgánica directa con las sociedades a las que pertenecen. No desarrollan una actividad gestora de representación de las sociedades, sino que intervienen en función de competencias normativas que al respecto concede la ley y por las que sólo ellos están vinculados directamente. Las sociedades permanecen ajenas al proyecto hasta que no manifiesten su voluntad de querer vincularse a un negocio que hasta el momento solo les afecta indirectamente. Se está ante un negocio, el de fusión, celebrado por los administradores, pero que no vincula a las sociedades hasta que éstas no manifiesten su voluntad aprobando el proyecto, y que requiere además el que todas lo hagan para que sus efectos sean definitivamente vinculantes, y además lo hagan dentro del plazo legal señalado. Al actuar los administradores al margen de sus competencias de representación orgánica cuando realizan el proyecto de fusión y quedar las sociedades vinculadas sólo según lo adopten, se puede afirmar que el proyecto es un negocio celebrado en nombre ajeno pero sin poder de representación, de forma de la favorable decisión posterior de cada sociedad actúa como una ratificación del mismo en función de la cual sí queda vinculada (art. 1259 CC) (...). El proyecto común de fusión es, en consecuencia, la fase en que hay que situar el negocio de fusión, de forma que el acuerdo de las juntas de las sociedades actúa como una ratificación del mismo, aunque los efectos definitivos penden del hecho de que dicha aprobación del proyecto se haya realizado por todas las sociedades dentro del plazo de los seis meses siguientes a su suscripción”.

²¹⁰⁶ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 439.

²¹⁰⁷ DIEZ-PICAZO, L., op. cit. (*La existencia del contrato*), pp. 181-182.

²¹⁰⁸ LARENZ, K., op. cit. (*Derecho Civil. Parte General*), pp. 429-430.

²¹⁰⁹ En el sentido de que “is a clear distinction between a contract seen as a type of agreement - a type of juridical act - and the legal relationship, usually involving reciprocal sets of obligations and rights, which results from it”, apartado 45 de la Introducción de Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll. european law publishers GmbH, Munich 2009.

²¹¹⁰ Artículo 7 de la Directiva 2005/56; Artículo 60 de la Ley 3/2009, “Informe de los órganos de dirección o administración”, según el cual: 1. El informe de los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión transfronteriza, que elaborarán conforme a lo dispuesto en el artículo 33, se pondrá a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores, o en su defecto de los propios trabajadores, en un plazo no inferior a un mes antes de la fecha de la junta de socios que ha de resolver sobre el proyecto común de fusión transfronteriza; 2. Cuando los administradores de la sociedad española reciban a tiempo una opinión de los representantes de los trabajadores, esa opinión se adjuntará al informe”.

²¹¹¹ En otro sentido, partiendo de la regulación de “una lectura exenta de dogmatismos del art. 30 LME, que como es sabio, reitera lo dispuesto en el art. 234.3 LSA”, indica LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 479, que “no puede inferirse del mismo una caracterización contractual del proyecto de fusión en relación con las sociedades que participan; éstas se encuentran todavía en fase prenegocial. Aquí radica el alcance que hay que otorgar al proyecto de fusión; el respeto a los principios de buena fe, corrección y confianza exigen mantener durante la preparación del negocio de sociedades un comportamiento conforme a tales principios. Una ruptura injustificada de proceso de fusión en este estadio tan avanzado puede comportar la consiguiente responsabilidad in contrahendo. Pero si concurre una causa que lo justifique (incluso, la existencia de una oportunidad de negocio alternativa más ventajosa), cabe la interrupción del procedimiento, sin otras consecuencias que el respeto de los deberes que resultan de los principios antes enunciados; entre otros. El deber de no revelar a terceros (competidores, en particular) las informaciones que le haya suministrado la contraparte con base en la confianza razonable que en ella había despertado el eventual infractor. Tal deber puede haber sido incluso, objeto de cobertura contractual particularizada, además de que su infracción sea sancionada como incumplimiento del principio rector antes citado y de las normas que imponen a los administradores sociales un deber de no revelación. La no aprobación del proyecto de fusión por las juntas de socios no acarrea en sí responsabilidad alguna. Pero no hay que olvidar que la no aprobación del tal documento por las juntas de todas las sociedades que participan dentro de los seis meses siguientes a la fecha del proyecto de fusión comporta que el proyecto de fusión no se completa. El proyecto de fusión no produce efectos según el Derecho de sociedades”.

²¹¹² “Una vez suscrito el proyecto común de fusión, los administradores de las sociedades que se fusionen se abstendrán de realizar cualquier clase de acto o de concluir cualquier contrato que pudiera comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la relación de canje de las acciones”, precisa el artículo 30.2 de la Ley 3/2009.

²¹¹³ Según la Model Business Corporation Act, sección 11.02: “(e) The plan of merger may also include a provision that the plan may be amended prior to filing articles of merger, but if the shareholders of a domestic corporation that is a party to the merger are required or permitted to vote on the plan, the plan must provide that subsequent to approval of the plan by such shareholders the plan may not be amended to change: (1) the amount or kind of shares or other securities, eligible interests, obligations, rights to acquire shares, other securities or eligible interests, cash, or other property to be received under the plan by the shareholders of or owners of eligible interests in any party to the merger; (2) the articles of incorporation of any corporation(...), that will survive or be created as a result of the merger, except for changes permitted by section 10.05 or by comparable provisions of the organic laws of any such foreign corporation (...); (3) any of the other terms or conditions of the plan if the change would adversely affect such shareholders in any material respect”; El Comentario Oficial a la sección 11.02, en su punto 5 indica que “under section 11.08, the board of directors may abandon a merger before its effective date even if the plan of merger has already been approved by the corporation’s shareholders”; en otro sentido indica LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 478, que “una ruptura injustificada del proceso de fusión en este estado puede comportar la consiguiente responsabilidad de las sociedades por culpa in contrahendo”.

²¹¹⁴ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 616; Indica LASARTE, C., “Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho”, vigésima edición, Editorial Taurus (Grupo Anaya, S. A.), Madrid 2014, p. 332, que “en ciertos casos se subordina la eficacia del negocio a otro negocio, al acontecimiento de un suceso futuro e incierto y, en todo caso no dependiente de la voluntad de las partes” precisando que “no es un elemento accidental del negocio

presupuesto legal y necesario de eficacia”; SSTs, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de octubre de 2013 y 8 de julio de 2014, RDGRN de 28 de mayo de 2013; DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), pp. 558-559; Sobre esa posibilidad SEQUEIRA MARTIN, A., op. cit. (*El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión*), p. 199. Según el mismo autor, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 392, “el conjunto de las ratificaciones mediante la aprobación del proyecto por dos las sociedades actúa como una conditio iuris de eficacia de definitiva a la que aquel estaba sometida”; También está implícita en los términos “die rechtsbedingung” y “vorwirkung”.

²¹¹⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., op. cit. (*Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades*), p. 247.

²¹¹⁶ Por ello afirman GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 138-139, que “no es posible delegar esa facultad de redacción en consejeros delegados o comisiones ejecutivas, lo que es lógico dada la transcendencia de la operación de fusión así como de este documento dentro del procedimiento. No se establece otro requisito formal que el de la suscripción, que es una de las cuestiones que debe calificar al registrador para su depósito (art. 226 RFRM). Por eso mismo, para el depósito registral será necesaria la legitimación notarial de la firmas de todos los administradores, o, al menos, por analogía con la presentación de cuentas y la certificación del resto de la documentación social, que se presente el proyecto firmado por todos acompañando de una certificación expedida por la persona con facultad certificante y con el visto bueno del presidente con sus firmas legitimadas, en que se certifique que ha sido firmado por todos.

²¹¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*Los administradores en las sociedades de capital*), pp. 41-45; MORALES, I., “Convocatoria, Artículo 166. Competencia para convocar, y Artículo 167. Deber de convocar”, en Comentario a la Ley de sociedades de capital, t.I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, pp. 1228-1233 1267-1271; CURTO, M.ª M., “Artículo 174. Contenido de la convocatoria”, en Comentario a la Ley de sociedades de capital, t.I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, pp. 1267-1271; ESTEBAN VELASCO, G., “La Administración de la Sociedad. Artículo 209. Competencia del órgano de administración y La representación de la Sociedad. Artículo 233. Atribución del poder de representación”, en Comentario a la Ley de sociedades de capital, t.I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, pp. 1483; 1677-1678; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., op. cit., (*Instituciones de Derecho Mercantil*, v. I), pp. 477-478 y 522-524; IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Lección 22. Los órganos sociales de las sociedades de capital”, en AAVV. Lecciones de Derecho Mercantil” (duodécima edición, Menéndez, A. y Rojo, A., Directores), v. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2014, pp. 504, 511-512; MILLÁN GARRIDO, A., “G) Los Administradores. La administración: modos de organizarla”, en Nociones de Derecho Mercantil, octava edición (J. Jiménez Sánchez, coord.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2014, p. 53 donde precisa que “las sociedades de capital necesitan valerse de un órgano ejecutivo y representativo a la vez que lleve a cabo la gestión cotidiana de la sociedad y la represente en sus relaciones jurídicas con terceros. Es pues un órgano necesario y permanente, que atiende tanto a las tareas (internas), dirección, control y mando necesarias para el funcionamiento de la sociedad, como a su representación en juicio y fuera de él”; Afirma LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 442-443, que “la firma del proyecto de fusión por los administradores no es un acto de ejercicio del poder de representación, sino una formalidad exigida por la Ley, en paralelo a la requerida para las cuentas anuales (...), en la que se sitúa el punto final de la redacción del citado proyecto lo que significa la asunción de la autoría del mismo por los firmantes. Pero la firma del mismo por los administradores (...), no es generadora de obligaciones a su cargo distintas de las que les incumben en tanto que administradores dentro del procedimiento de fusión. Son obligaciones funcionales, esto es, de carácter legal, dado el cargo que ocupan y no obligaciones personales de carácter contractual surgidas a partir de la aprobación y firma de proyecto de fusión por los citados administradores. Esta solución resulta a partir de una interpretación ajustada al art. 30.1 y 2 LME en relación con los arts. 127 y 133 LSA, dado que no se ha previsto un régimen especial de responsabilidad de los administradores en relación con la fusión de sociedades. El incumplimiento de tales obligaciones por los administradores acarrea la responsabilidad de éstos, de conformidad con el régimen jurídico general propio del tipo societario, además de la responsabilidad, de carácter precontractual, de la sociedad respectiva frente a las otras sociedades partícipes en la fusión”; También la misma autora en op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), se ocupa extensamente sobre la naturaleza del proyecto de fusión en pp. 218-265, debiendo destacarse que, en p. 246, indica que “los datos legales relevantes, los efectos típicos y los intereses implicados permanecen inmutados. No se altera la determinación del alcance jurídico del proyecto de fusión. Estamos ante un negocio en fase de formación. Un negocio todavía inacabado y que, por tanto, no despliega efectos contractuales; no puede vincular contractualmente. Ni a las sociedades porque aún no ha vertido su consentimiento en la forma que corresponda su tipo social. Con su firma, no tanto que órganos, no hacen sino dar por concluida, al menos en principio, lo que, según la Ley, es la fase de preparación de la fusión. esto

es, la formulación del proyecto de fusión. Con éste se llega al punto de máxima vinculación en esta fase precontractual, en p. 247, que “tampoco es un contrato sujeto a condición ni suspensiva, ni resolutoria (...). Ni un contrato ineficaz pendiente de ratificación puesto que a efectos intersocietarios, cada uno de los acuerdos sociales de fusión no puede ser concebido, con propiedad, como una ratificación. Aunque, de hecho, presente ciertas analogías con ese fenómeno”, y en p. 248, que “en este estadio del procedimiento de la fusión no es admisible tampoco, la existencia de un contrato perfecto o completo, pero ineficaz en relación con el proyecto de fusión. Según la Ley, falta todavía uno de los requisitos esenciales para que pueda hablarse de una convención, cual es el consentimiento de las partes. Así pues estamos ante un negocio inacabado”, concuyendo, en pp. 262-263, que el proyecto de fusión puede ser caracterizado desde dos perspectivas. La de su formulación y la de su eficacia. Respecto de la primera y en conexión con la configuración de la etapa previa en sentido estricto de la fusión de sociedades, el proyecto de fusión es un acuerdo de convención compleja de formación sucesiva, el corolario de la mencionada etapa, el resultado que con ella se pretende. Pero si atendemos a su proyección desde el punto de vista jurídico, en relación con las sociedades que son parte en las negociaciones para la fusión, el proyecto de fusión es un esquema prenegocial para cuya eficacia es preciso que, con base en el mismo, las sociedades emitan su consentimiento (...). Hasta ese momento, el proyecto de fusión se caracteriza por su función esencialmente informadora. Del mismo no se derivan obligaciones jurídicas para las partes, diferentes de las que resultan del deber de comportarse de conformidad con el principio de buena fe que rige toda etapa prenegocial (...). Tampoco para los administradores resultan especiales obligaciones del hecho de que suscriban el proyecto de fusión. No es un contrato que produzca efecto entre los administradores (...). Radica precisamente el valor del proyecto de su fusión, en su función esencialmente informadora, en su utilidad para propiciar la “autotutela” de los socios de sus propios intereses (...). Asimismo, también opera esa función en favor de otros interesados que pueden resultar afectados por la fusión”; sobre la función informadora del proyecto de fusión, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., op. cit. (*Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades*), pp. 247-248.

²¹¹⁸ SEQUEIRA MARTÍN, op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 390, en relación con nuestro Derecho, indicando en p. 391 que nuestro ordenamiento “no aborda con claridad cuál sea su naturaleza jurídica y, en definitiva, cual de la función que cumple en el proceso en relación con la necesaria ubicación del negocio de fusión que vincula a las sociedades participantes”

²¹¹⁹ MILLÁN GARRIDO, A., “*La Junta General. a) Concepto y caracteres, b) Competencia*”, en *Nociones de Derecho Mercantil*, octava edición (J. Jiménez Sánchez, coord.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2014, p. 48, califica a la Junta general de órgano colegial, necesario, no permanente, democrático y soberano, y que “al estar atribuida a los administradores la gestión y representación de la sociedad la competencia de la junta se reduce a la esfera interna”.

²¹²⁰ Incluso puede ser eventual como precisa el California Corporations Code, Chapter 11. Merger, sección 1101, según la cual: “The board of each corporation which desires to merge shall approve an agreement of merger. The constituent corporations shall be parties to the agreement of merger and other persons, including a parent party (Section 1200), may be parties to the agreement of merger”. Sobre la no necesidad o excepciones la reunión de la Junta general LEXIDALE/BECH-BRUUN, op. cit. (*Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive*), p. 87, que no obstante precisa: “A” further technical difficulty is that the Directive does not clarify whether a merger has to be approved or formalized differently when any of the two exceptions mentioned above apply. In practice, most Member States do not require formalization or approval in such cases, but some oblige approval by another organ of the company”.

²¹²¹ Establece el artículo 8 de la Directiva 2005/56 que “La legislación de un Estado miembro podrá no imponer la aprobación de la fusión por la junta general de la sociedad absorbente” si se cumplen las condiciones que en el propio precepto se indica, lo mismo ocurren los supuestos regulados en su artículo 27, según el cual “en caso de que lleve a cabo una fusión por absorción una sociedad que sea titular del 90 % o más, pero no de la totalidad, de las acciones y demás títulos que confieran derecho a voto en la junta general de la sociedad o sociedades absorbidas, los Estados miembros no exigirán la aprobación de la fusión por la junta general de la sociedad absorbente” si se cumplen las condiciones que en el mismo precepto se indican; se indica en el Comentario Oficial de la Model Business Corporation Act, General, punto 1 que “under section 11.04, a plan of merger or share exchange must be adopted by the board. Thereafter, the board must submit the plan to the shareholders for their approval, unless the conditions stated in section 11.04(g) or section 11.05 are satisfied”. Según el apartado la sección 11.04 : “(g) Unless the articles of incorporation otherwise provide, approval by the corporation’s shareholders of a plan of merger or share exchange is not required if” se dan las condiciones que allí se establecen; Se precise en la sección 11.05 Merger Between Parent and Subsidiary or Between Subsidiaries, lo siguiente: “(a) A domestic parent corporation that owns shares of a domestic or foreign subsidiary corporation that carry at least 90 percent of the voting power of each class and series of the outstanding shares of the subsidiary that have voting power may merge the subsidiary into itself or into another such subsidiary, or merge itself into the subsidiary, without the approval of the board of

directors or shareholders of the subsidiary, unless the articles of incorporation of any of the corporations otherwise provide, and unless, in the case of a foreign subsidiary, approval by the subsidiary's board of directors or shareholders is required by the laws under which the subsidiary is organized. (b) If under subsection (a) approval of a merger by the subsidiary's shareholders is not required, the parent corporation shall, within ten days after the effective date of the merger, notify each of the subsidiary's shareholders that the merger has become effective. (c) Except as provided in subsections (a) and (b), a merger between a parent and a subsidiary shall be governed by the provisions of chapter 11 applicable to mergers generally; No obstante indica ESTEBAN VELASCO, G., op. cit. (*La Administración de la Sociedad. Artículo 209. Competencia del órgano de administración*), p. 1848: "Del ámbito de la gestión atribuida al órgano de gestión, pese a su relevancia gestora, quedan excluidas en el plano jurídico, las operaciones que implican una transformación de la estructura jurídica, económica y financiera de la empresa que están específicamente atribuidas a la junta general las modificaciones estructurales"; En sentido diferente precisa LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 478, que "los acuerdos de fusión componen un elemento esencial, e tanto que son el consentimiento de las partes, para la existencia jurídica de una fusión; sólo entonces quedan obligadas a continuar el prodecimiento de fusión. se proeigue con la formación del negocio de fusión, pero incluso adoptados los acuerdos, todavía no hay un exo negocial, el entrecruzamiento de voluntades opera con el otorgamiento de la escritura defusión, que no es solo un mero presupuesto para la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil".

²¹²² En sentido diferente afirma LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 478 que "la no aprobación del proyecto de fusión por las Juntas de socios no crea en sí responsabilidad alguna. Sin embargo, la no aprobación de tal documento por las juntas de todas las sociedades que participan dentro de los seis meses siguientes a la fecha del referido proyecto comporta que el negocio de fusión no se complete, al menos dentro del iter procedimental en curso, sería un negocio jurídico inacabado; el referido proyecto de fusión no produciría efecto alguno en relación a las sociedades.".

²¹²³ Considerando 4.

²¹²⁴ Respecto de la regulación contenida en el artículo 30.1 de la Ley 3/2009, concluyen GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 139, que "es llamativo que la ley exija la suscripción por todos los administradores. Esto significa que el acuerdo deba ser tomado por unanimidad en el órgano de administración, pues la ley prevé que la falta la firma de alguno de los administradores. Creemos que la ley no se refiere a la falta de la firma de alguno de los administradores por ausencia o imposibilidad: cuando dice que se refleja la causa, lo que pretende es que el administrador disconforme explique las razones de su negativa. De esta forma el administrador consigue salvar su responsabilidad en su caso, y da a los socios una información que servirá para decidir su voto".

²¹²⁵ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), pp. 616-617.

²¹²⁶ LA MBCA indica en su Sección 11.04 que "(b) The board of directors must also transmit to the shareholders a recommendation that the shareholders approve the plan, unless the board of directors makes a determination that because of conflicts of interest or other special circumstances it should not make such a recommendation, in which case the board of directors must transmit to the shareholders the basis for that determination".

²¹²⁷ CALLEGO, E., "Artículo 210. Modos de organizar la administración", en Comentario a la Ley de sociedades de capital, t.I, Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 1407, con relación aquel artículo LSC, indica: "Leyendo el pre resulta que cuando la administración sea conjunta, los administradores actuarán en forma mancomunada (parciaria) o de forma mancomunada (conjunta). En atención a los antecedentes de la norma y su interpretación jurisprudencial y doctrinal, impuestos, por lo demás, por razones de lógica es obvio que el legislador no ha podido querer introducir esa disyuntiva que se revela altamente insatisfactoria (...). Por eso hubiera resultado mucho más útil aclarar en qué hipótesis de administración conjunta los administradores decidirán por unanimidad. Lo que tampoco resulta claro en la terminología legal puesto que la conexión entre método conjunto y unanimidad no es necesaria y absoluta ya que caben decisiones por mayoría si así se prevé y porque la unanimidad no se exige cuando la decisión resulte beneficiosa, en este caso, para la sociedad".

²¹²⁸ SALELLES, J. R., "Artículo 245. Organización y funcionamiento del consejo de administración", en Comentario a la Ley de sociedades de capital, t.I, Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, p1769, precisa que "la regulación del consejo atribuye un amplio margen a la propia sociedad para decidir: establecido un régimen imperativo en algunos aspectos, la sociedad dispone de una amplia capacidad para regular la organización y funcionamiento del consejo; Artículo 248 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), según el cual: "

Adopción de acuerdos por el consejo de administración en la sociedad anónima. 1. En la sociedad anónima los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión. 2. En la sociedad anónima la votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento”.

²¹²⁹ La Sección 11.04.(c) MBCA señala que “(c) The board of directors may condition its submission of the plan of merger (...) to the shareholders on any basis”.

²¹³⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p 440, con referencia al artículo 30.1 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y que cita como ejemplo al Código das Sociedades Comerciais portugués, artículos 98.1, según el cual “1 - As administrações das sociedades que pretendam fundir-se elaboram, em conjunto, um projecto de fusão donde constem, além de outros elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimen”, y 102.3, a cuyo tenor, “3 - A proposta apresentada às várias assembleias deve ser rigorosamente idêntica; qualquer modificação introduzida pela assembleia considera-se rejeição da proposta, sem prejuízo da renovação desta toda operação visada, tanto no aspecto jurídico como no aspecto económico, os seguintes elementos”; DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*), v. I)

²¹³¹ Así establece el artículo 117.º-C, Projectos comuns de fusões transfronteiriças, del código sdas Sciedades comerciais: “O projecto comum de fusão transfronteiriça deve conter os elementos referidos no artigo 98.º e ainda: a) As regras para a transferência de acções ou outros títulos representativos do capital social da sociedade resultante da fusão transfronteiriça; b) A data do encerramento das contas das sociedades que participam na fusão utilizadas para definir as condições da fusão transfronteiriça; c) Se for caso disso, as informações sobre os procedimentos de acordo com os quais são fixadas as disposições relativas à intervenção dos trabalhadores na definição dos respectivos direitos de participação na sociedade resultante da fusão transfronteiriça; d) As prováveis repercussões da fusão no emprego”.

²¹³² TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Fusiones y OPAS transfronterizas*), p. 114.

²¹³³ El Comentario Oficial a la Sección 11.02.(c) señala ““although chapter 11 imposes virtually no restrictions or limitations on the terms or conditions of a merger, section 11.02(c) requires that the terms and conditions be set forth in the plan of merger”.

²¹³⁴ Así, indica textualmente la sección 252 de la Delaware GCL que “(4) such other details or provisions as are deemed desirable, including, without limiting the generality of the foregoing, a provision for the payment of cash in lieu of the issuance or recognition of fractional shares of the surviving or resulting corporation or of any other corporation the securities of which are to be received in the merger or consolidation, or for some other arrangement with respect thereto consistent with § 155 of this title”.

²¹³⁵ El New York Code - Section 902: (Plan of merger or consolidation), establece que aquel plan puede contener: “(5) Such other provisions with respect to the proposed merger or consolidation as the board considers necessary or desirable”.

²¹³⁶ Así el California Corporations Code, Chapter 11. Merger, sección 1101 indica que el plan de fusión puede contener: “ (e) Other details or provisions as are desired, if any, including, without limitation, a provision for the payment of cash in lieu of fractional shares or for any other arrangement with respect thereto consistent with the provisions of Section 407”; También la Michigan Business Corporation Act, Corporate combinations and dispositions Section 450.1701, Merger of domestic corporations; adoption and contents of plan of merger, Sec. 701.2, establece que aquel puede contener: “ (e) Other provisions with respect to the proposed merger as the board considers necessary or desirable”; Igualmente el Wisconsin Statutes, Chapter 180, Business Corporations, sección 180.1101. 2, indica que el plan de fusión puede contener: “(b) Other provisions relating to the merger”; General Laws of Massachusetts. Chapter 156D Business Corporations, Section 11.02. Merger, establece que “d) The plan of merger may set forth: (U..) (2) other provisions relating to the merger”; Revised Code of Washington (RCW), Title 23B Washington Business Corporation Act, sección 11.010, Merger, establece : (3) The plan of merger may set forth: (...) (b) Other provisions relating to the merger”; Wisconsin Statutes, Chapter 180, Business Corporations, Subchapter XI. Merger, share exchange, and conversion. 180.1101. Merger, establece que: “(3)The plan of merger may set forth any of the following: (...) (b) Other provisions relating to the merger”; HAWAII BUSINESS CORPORATION ACT, Chapter 414-311. Merger, establece que: “c) A plan of merger may set forth other provisions relating to the merger”

²¹³⁷ En relación con las fusiones intracomunitarias precisa FERNÁNDEZ DEL POZO, L, op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 209, tras aludir a la lex societatis aplicable según la sociedad interviniente, precisa lo siguiente: “Existe, eso sí, un proyecto común de fusión (...) cuyo contenido es el mismo con algunas

peculiaridades que el de la operación doméstica”; Según la Umwandlungsgesetz (UmwG)§ 5 Inhalt des Verschmelzungsvertrags: “(1) Der Vertrag oder sein Entwurf muß mindestens folgende Angaben enthalten: 1. den Namen oder die Firma und den Sitz der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger; 2. die Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens jedes übertragenden Rechtsträgers als Ganzes gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger; 3. das Umtauschverhältnis der Anteile und gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlung oder Angaben über die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger; 4. die Einzelheiten für die Übertragung der Anteile des übernehmenden Rechtsträgers oder über den Erwerb der Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger; 5. den Zeitpunkt, von dem an diese Anteile oder die Mitgliedschaften einen Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren, sowie alle Besonderheiten in bezug auf diesen Anspruch; 6. den Zeitpunkt, von dem an die Handlungen der übertragenden Rechtsträger als für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers vorgenommen gelten (Verschmelzungstichtag); 7. die Rechte, die der übernehmende Rechtsträger einzelnen Anteilsinhabern sowie den Inhabern besonderer Rechte wie Anteile ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien, Mehrstimmrechtsaktien, Schuldverschreibungen und Genußrechte gewährt, oder die für diese Personen vorgesehenen Maßnahmen; 8. jeden besonderen Vorteil, der einem Mitglied eines Vertretungsorgans oder eines Aufsichtsorgans der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger, einem geschäftsführenden Gesellschafter, einem Partner, einem Abschlußprüfer oder einem Verschmelzungsprüfer gewährt wird; 9. die Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen”; Según el artículo 98 del Código das Sociedades Comerciais: “Projecto de fusão. 1 - As administrações das sociedades que pretendam fundir-se elaboram, em conjunto, um projecto de fusão donde constem, além de outros elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada, tanto no aspecto jurídico como no aspecto económico, os seguintes elementos: a) A modalidade, os motivos, as condições e os objectivos da fusão, relativamente a todas as sociedades participantes; b) O tipo, a firma, a sede, o montante do capital e o número de matrícula no registo comercial de cada uma das sociedades, bem como a sede e a firma da sociedade resultante da fusão; c) A participação que alguma das sociedades tenha no capital de outra; d) O balanço de cada uma das sociedades intervenientes, donde conste designadamente o valor dos elementos do activo e do passivo a transferir para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade; e) As partes, acções ou quotas a atribuir aos sócios da sociedade a incorporar nos termos da alínea a) do n.º 4 do artigo anterior ou das sociedades a fundir nos termos da alínea b) desse número e, se as houver, as quantias em dinheiro a atribuir aos mesmos sócios, especificando-se a relação de troca das participações sociais; f) O projecto de alteração a introduzir no contrato da sociedade incorporante ou o projecto de contrato da nova sociedade; g) As medidas de protecção dos direitos de terceiros não sócios a participar nos lucros da sociedade; h) As modalidades de protecção dos direitos dos credores; i) A data a partir da qual as operações da sociedade incorporada ou das sociedades a fundir são consideradas, do ponto de vista contabilístico, como efectuadas por conta da sociedade incorporante ou da nova sociedade; j) Os direitos assegurados pela sociedade incorporante ou pela nova sociedade a sócios da sociedade incorporada ou das sociedades a fundir que possuem direitos especiais; l) Quaisquer vantagens especiais atribuídas aos peritos que intervenham na fusão e aos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das sociedades participantes na fusão; m) Nas fusões em que seja anónima a sociedade incorporante ou a nova sociedade, as modalidades de entrega das acções dessas sociedades e a data a partir da qual estas acções dão direito a lucros, bem como as modalidades desse direito. 2 - O balanço referido na alínea d) do número anterior pode ser: a) O balanço do último exercício, desde que tenha sido encerrado nos seis meses anteriores à data do projecto de fusão; b) Um balanço reportado a uma data que não anteceda o trimestre anterior à data do projecto de fusão; ou c) O balanço do primeiro semestre do exercício em curso à data do projecto de fusão, caso a sociedade esteja obrigada a divulgar contas semestrais nos termos do n.º 1 do artigo 246.º do Código dos Valores Mobiliários. 3 - O projecto ou um anexo a este indicará os critérios de avaliação adoptados, bem como as bases de relação de troca referida na alínea e) do n.º 1. 4 - O projecto de fusão pode ser elaborado através de modelo electrónico disponível em página na Internet que permita a entrega de todos os documentos necessários e a promoção imediata do registo do projecto, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça. 5 - Quando a atribuição de valores mobiliários, por ocasião de uma fusão, seja qualificada como oferta pública, o conteúdo do projecto de fusão deve ainda obedecer ao disposto no Regulamento (CE) n.º 809/2004, da Comissão, de 29 de Abril, ou, em alternativa, conter informações consideradas pela CMVM equivalentes às de um prospecto, para efeitos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 134.º do Código dos Valores Mobiliários”; Establece el artículo 6 del Decreto Legislativo de 30 de mayo de 2008, n. 108, sobre attuazione della direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capital, lo siguiente: “Progetto di fusione transfrontaliera. 1. Il progetto comune di fusione transfrontaliera comprende le informazioni di cui all'articolo 2501-ter, primo comma, del codice civile. Da esso devono altresì risultare: a) la forma, la denominazione e la sede statutaria della società risultante dalla fusione transfrontaliera oltre che la legge regolatrice di questa e di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera; b) ogni modalità particolare relativa al diritto di partecipazione agli utili; c) i vantaggi eventualmente proposti a favore degli esperti che esaminano il

progetto di fusione transfrontaliera e dei membri degli organi di controllo delle società' partecipanti alla fusione transfrontaliera; d) qualora ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19, comma 1, le informazioni sulle procedure di coinvolgimento dei lavoratori nella definizione dei loro diritti di partecipazione nella società' risultante dalla fusione transfrontaliera; e) le probabili ripercussioni della fusione transfrontaliera sull'occupazione; f) le informazioni sulla valutazione degli elementi patrimoniali attivi e passivi che sono trasferiti alla società' risultante dalla fusione transfrontaliera; g) la data cui si riferisce la situazione patrimoniale o il bilancio di ciascuna delle società' partecipanti alla fusione transfrontaliera utilizzati per definire le condizioni della fusione transfrontaliera; h) se del caso, le ulteriori informazioni la cui inclusione nel progetto comune è prevista dalla legge applicabile alle società' partecipanti alla fusione transfrontaliera; i) la data di efficacia della fusione transfrontaliera o i criteri per la sua determinazione. 2. Il conguaglio in danaro di cui al primo comma, numero 3),

dell'articolo 2501-ter del codice civile, non può essere superiore al dieci per cento del valore nominale delle azioni o delle quote assegnate, o in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile, salvo che la legge applicabile ad almeno una delle società' partecipanti alla fusione transfrontaliera ovvero la legge applicabile alla società' risultante dalla fusione transfrontaliera consenta il conguaglio in danaro in misura superiore”.

²¹³⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 299.

²¹³⁹ Puede seguirse manteniendo, en relación con la regulación vigente, la apreciación de LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), p. 279, según al cual “el régimen jurídico español sobre la fusión de sociedades de 1989, al regular el contenido del proyecto de fusión sigue casi literalmente al Derecho comunitario elaborado o en elaboración”.

²¹⁴⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 445, indica que “contenido mínimo “legal” del proyecto de fusión es tanto como el contenido funcional mente mínimo. A modo de cláusula legal, tácita en nuestro caso, que así lo exigiese, conforme con la ratio legis. Es el criterio para determinar si el proyecto de fusión está incompleto, inhábil, pues, para fundamentar unos acuerdos de fusión válidos. el registrador Mercantil (...) o en su caso, al Juez de lo Mercantil, les incumbe la tarea de valorar si el proyecto de fusión está completo desde el punto de vista funcional. Esta es, pues, la pauta para considerar que un proyecto de fusión respeta la exigencia legal en cuanto a su contenido: el proyecto de fusión -su contenido- ha de ser reputado suficiente desde la perspectiva funcional; esto es, que en el caso concreto el proyecto va a cumplir la función informadora que, en abstracto, tiene encomendada por la Ley. Por tanto, no puede ser suficiente el mero cumplimiento formal de la exigencia legal”, también en op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 282-284.

²¹⁴¹ Comentario Oficial a la sección 11.02 apartado 3, segundo párrafo, de la Merger Business Corporation Act aclara que “although chapter 11 imposes virtually no restrictions or limitations on the terms or conditions of a merger, section 11.02(c) requires that the terms and conditions be set forth in the plan of merger”.

²¹⁴² Según precisa el Comentario Oficial a la sección 11.02 apartado 3, segundo párrafo, de la Merger Business Corporation Act: “The present Act clarifies that the plan of merger need not be set forth in the articles of merger that are to be delivered to the secretary of state for filing after the merger has been adopted and approved”.

²¹⁴³ La New York Business Corporation Law, paragraph § 902 (New York Code - Section 902: Plan of merger or consolidation -), establece que el contenido del plan de fusión será el siguiente: (1) The name of each constituent entity and, if the name of any of them has been changed, the name under which it was formed; and the name of the surviving corporation, or the name, or the method of determining it, of the consolidated corporation. (2) As to each constituent corporation, the designation and number of outstanding shares of each class and series, specifying the classes and series entitled to vote and further specifying each class and series, if any, entitled to vote as a class; and, if the number of any such shares is subject to change prior to the effective date of the merger or consolidation, the manner in which such change may occur. (3) The terms and conditions of the proposed merger or consolidation, including the manner and basis of converting the shares of each constituent corporation into shares, bonds or other securities of the surviving or consolidated corporation, or the cash or other consideration to be paid or delivered in exchange for shares of each constituent corporation, or a combination thereof. (4) In case of merger, a statement of any amendments or changes in the certificate of incorporation of the surviving corporation to be effected by such merger; in case of consolidation, all statements required to be included in a certificate of incorporation for a corporation formed under this chapter, except statements as to facts not available at the time the plan of consolidation is adopted by the board. (5) Such other provisions with respect to the proposed merger or consolidation as the board considers necessary or desirable; Según la General Laws of Massachusetts. Chapter 156D Business

Corporations, Section 11.02. Merger, establece que “(d) The plan of merger may set forth: (1) to the extent not inconsistent with contractual rights, the manner and basis of converting rights to acquire shares of each corporation into rights to acquire shares, obligations or other securities of the surviving or any other corporation or into cash or other property in whole or in part; and (2) other provisions relating to the merger; (3) the manner and basis of converting the shares of each merging corporation and interests of each merging other entity into shares or other securities, interests, obligations, rights to acquire shares or other securities, rights to acquire interests, cash, other property, or any combination of the foregoing; (4) the articles of organization of any corporation, or the organizational documents of any other entity, to be created by the merger, or if a new corporation or other entity is not to be created by the merger, any amendments to the survivor’s articles of organization or organizational documents; and (5) any other provisions required by the laws under which any party to the merger is organized or by which it is governed, or by the articles of organization or organizational documents of any such party”; Revised Code of Washington (RCW), Title 23B Washington Business Corporation Act, sección 11.010, Merger, establece que el plan de fusión debe contener: a) The name of each corporation planning to merge and the name of the surviving corporation into which each other corporation plans to merge; (b) The terms and conditions of the merger; and (c) The manner and basis of converting the shares of each corporation into shares, obligations, or other securities of the surviving or any other corporation or into cash or other property in whole or in part”; Wisconsin Statutes, Chapter 180, Business Corporations, Subchapter XI. Merger, share exchange, and conversion. 180.1101. Merger, establece: “ (2) The plan of merger shall set forth all of the following: (a) The name, form of business entity, and identity of the jurisdiction governing each business entity planning to merge and the name, form of business entity, and identity of the jurisdiction of the surviving business entity into which each other business entity plans to merge; (b) The terms and conditions of the merger; (c) The manner and basis of converting the shares or other interests in each business entity that is a party to the merger into shares, interests, obligations, or other securities of the surviving business entity or any other business entity or into cash or other property in whole or in part”; Hawaii Business Corporation Act, Chapter 414-311. Merger, establece que: “(b) The plan of merger shall set forth: (1) The name and jurisdiction of formation or organization of each entity that is a party to the merger; (2) The name of the surviving entity with or into which the other entity or entities will merge; (3) The terms and conditions of the merger; (4) The manner and basis of converting the shares of each corporation into shares, obligations, or other securities of the surviving entity, or into cash or other property in whole or in part; (5) The street address of the surviving entity’s principal place of business or, if no street address is available, the rural post office number or post office box designated or made available by the United States Postal Service; and (6) Amendments, if any, to the organizing articles of the surviving entity or, if no amendments are desired, a statement that the organizing articles of the surviving entity shall not be amended pursuant to the merger”.

²¹⁴⁴ La Sección 11.2.(c) MBCA señala que “(c) The plan of merger must include: (1) the name of each domestic or foreign business corporation (...) that will merge and the name of the domestic or foreign business corporation (...) that will be the survivor of the merger; (2) the terms and conditions of the merger; (3) the manner and basis of converting the shares of each merging domestic or foreign business corporation (...) into shares or other securities, eligible interests, obligations, rights to acquire shares, other securities or eligible interests, cash, other property, or any combination of the foregoing; (4) the articles of incorporation of any domestic or foreign business corporation (...), to be created by the merger, or if a new domestic or foreign business corporation (...) is not to be created by the merger, any amendments to the survivor’s articles of incorporation or organic documents; and (5) any other provisions required by the laws under which any party to the merger is organized or by which it is governed”.

²¹⁴⁵ La Delaware General Corporation Law, indica en su a sección 251 c) lo siguiente: “(c) The agreement required by subsection (b) of this section shall be submitted to the stockholders of each constituent corporation at an annual or special meeting for the purpose of acting on the agreement”. El apartado b) de la sección 251 establece: “(b) The board of directors of each corporation which desires to merge or consolidate shall adopt a resolution approving an agreement of merger or consolidation and declaring its advisability. The agreement shall state: (1) The terms and conditions of the merger or consolidation; (2) the mode of carrying the same into effect; (3) in the case of a merger, such amendments or changes in the certificate of incorporation of the surviving corporation as are desired to be effected by the merger, or, if no such amendments or changes are desired, a statement that the certificate of incorporation of the surviving corporation shall be its certificate of incorporation; (4) in the case of a consolidation, that the certificate of incorporation of the resulting corporation shall be as is set forth in an attachment to the agreement; (5) the manner, if any, of converting the shares of each of the constituent corporations into shares or other securities of the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation, or of cancelling some or all of such shares, and, if any shares of any of the constituent corporations are not to remain outstanding, to be converted solely into shares or other securities of the surviving or resulting corporation or to be cancelled, the cash, property, rights or securities of any other corporation or entity which the holders of such shares are

to receive in exchange for, or upon conversion of such shares and the surrender of any certificates evidencing them, which cash, property, rights or securities of any other corporation or entity may be in addition to or in lieu of shares or other securities of the surviving or resulting corporation; and (6) such other details or provisions as are deemed desirable, including, without limiting the generality of the foregoing, a provision for the payment of cash in lieu of the issuance or recognition of fractional shares, interests or rights, or for any other arrangement with respect thereto, consistent with § 155 of this title. The agreement so adopted shall be executed and acknowledged in accordance with § 103 of this title”.

A su vez el apartado b) de la sección 252, establece lo siguiente: “(b) All the constituent corporations shall enter into an agreement of merger or consolidation. The agreement shall state: (1) The terms and conditions of the merger or consolidation; (2) the mode of carrying the same into effect; (3) the manner, if any, of converting the shares of each of the constituent corporations into shares or other securities of the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation, or of cancelling some or all of such shares, and, if any shares of any of the constituent corporations are not to remain outstanding, to be converted solely into shares or other securities of the surviving or resulting corporation or to be cancelled, the cash, property, rights or securities of any other corporation or entity which the holders of such shares are to receive in exchange for, or upon conversion of, such shares and the surrender of any certificates evidencing them, which cash, property, rights or securities of any other corporation or entity may be in addition to or in lieu of the shares or other securities of the surviving or resulting corporation; (4) such other details or provisions as are deemed desirable, including, without limiting the generality of the foregoing, a provision for the payment of cash in lieu of the issuance or recognition of fractional shares of the surviving or resulting corporation or of any other corporation the securities of which are to be received in the merger or consolidation, or for some other arrangement with respect thereto consistent with § 155 of this title; and (5) such other provisions or facts as shall be required to be set forth in certificates of incorporation by the laws of the state which are stated in the agreement to be the laws that shall govern the surviving or resulting corporation and that can be stated in the case of a merger or consolidation”. El apartado c) de la Sección 252 indica “The agreement shall be adopted, approved, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed, and, in the case of a Delaware corporation, in the same manner as is provided in § 251 of this title”.

²¹⁴⁶ Según Ohio Revised Code, Title XVII. Sección 1701.79 Merger or consolidation into foreign corporation, al plan of merger deberá contener: “(2) In the case of a merger, that one or more specified constituent corporations shall be merged into a specified foreign surviving corporation and, in the case of a consolidation, that the constituent corporations shall be consolidated into a new foreign corporation. The name of the surviving or new corporation may be the same as or similar to that of any constituent corporation”; Según la General Laws of Massachusetts. Chapter 156D Business Corporations, Section 11.02. Merger, el plan of merger deberá indicar. “(1) the name of each corporation or other entity that will merge and the name of the corporation or other entity that will be the survivor of the merger”; Revised Code of Washington (RCW). Title 23B. Washington Business Corporation Act. Sección 23B.11.010 Merger “(1) One or more corporations may merge into another corporation if the board of directors of each corporation adopts and its shareholders, if required by RCW23B.11.030, approve a plan of merger. (2) The plan of merger must set forth: (a) The name of each corporation planning to merge and the name of the surviving corporation into which each other corporation plans to merge”; Wisconsin Statutes. Chapter 180. Business Corporations. Subchapter XI. Merger, Share exchange, and conversion. Sección 180.1101. Merger: “(2) The plan of merger shall set forth all of the following: (a) The name, form of business entity, and identity of the jurisdiction governing each business entity planning to merge and the name, form of business entity, and identity of the jurisdiction of the surviving business entity into which each other business entity plans to merge”; New York Business Corporation Law. Sección 902 (NY Code - Section 902): “Plan of merger or consolidation - (a) The board of each corporation proposing to participate in a merger or consolidation under section 901 (Power of merger or consolidation) shall adopt a plan of merger or consolidation, setting forth: (1) The name of each constituent entity and, if the name of any of them has been changed, the name under which it was formed; and the name of the surviving corporation, or the name, or the method of determining it, of the consolidated corporation”; Kentucky Revised Statutes. Chapter 271B.11. Merger. (1) One (1) or more corporations may merge into another corporation if the board of directors of each corporation adopts and its shareholders (if required by KRS271B.11-030) approve a plan of merger.:” (2) The plan of merger shall set forth: (a) The name of each corporation planning to merge and the name of the surviving corporation into which each other corporation plans to merge”; Massachusetts. General Laws. Title XXII Corporations. Chapter 156D Business Corporations. Section 11.02. Merger: “(c) The plan of merger shall include: (1) the name of each corporation or other entity that will merge and the name of the corporation or other entity that will be the survivor of the merger”; Michigan Business Corporation Act 1972 . Sección 450.1701 Merger of domestic corporations; adoption and contents of plan of merger: “(2) The board of each corporation proposing to participate in a merger shall adopt a plan of merger, setting forth all of the

following:(a) The name of each constituent corporation and the name of the constituent corporation that will be the surviving corporation”.

²¹⁴⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades”, p. 247.

²¹⁴⁸ Según el artículo 5.1.b), el proyecto de fusión contendrá “la relación de canje de las acciones y, en su caso, el importe de la compensación en dinero”, y del artículo 31.2ª de la Ley 3/2009, indica que el proyecto de fusión contendrá “el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje”.

²¹⁴⁹ La Directiva 2011/35, en su Capítulo VI, titulado, “Otras operaciones asimiladas a la fusión indica, artículo 30, establece lo siguiente: “Cuando la legislación de un Estado miembro permita, para una de las operaciones mencionadas en el artículo 2, que la compensación en dinero supere el porcentaje del 10 %, serán aplicables los capítulos III y IV, así como los artículos 27, 28 y 29.

²¹⁵⁰ La Sección 11.02.(3) señala “(3) the manner and basis of converting the shares of each merging domestic or foreign business corporation (...) of each merging domestic or foreign (...) into shares or other securities, eligible interests, obligations, rights to acquire shares, other securities or eligible interests, cash, other property, or any combination of the foregoing”).

²¹⁵¹ indican GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 148, precisan que el establecimiento del límite del 10% “impide que una operación de fusión se convierta en una de compra o de exclusión de socios2.

²¹⁵² Indica ESPERANZA, A., “Capítulo II. La Exclusión de socios”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital (Rojo, A., y Beltran, E. Dir.), t II, Thomson Reuters- Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 2493, precisa que “la regulación de las sociedades de capital sólo reconoce el derecho de exclusión a las sociedades limitadas, en tanto que las sociedades anónimas carecen de tal posibilidad. La razón de que esta institución de la exclusión no se extienda a las sociedades anónimas tiene su sentido cuando se trata de sociedades anónimas abiertas, sean o no cotizadas, en las que el componente personal no tiene relevancia. Sin embargo, a las sociedades anónimas cerradas debería también haberse reconocido la posibilidad de excluir a los socios”.

²¹⁵³ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 148, que añaden, “entendemos que esto es posible, pero en este caso la figura está a medio camino entre la fusión y la separación de un socio y se plantea el problema de que ya no estaríamos en el supuesto del capítulo VII del título VII del texto refundido de la ley del impuesto de sociedades, con la duda de si la falta de aplicación de la neutralidad fiscal afectaría sólo al socio al que se atribuye más del 10% o a toda la operación”

²¹⁵⁴ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 148, que precisan “entendemos que en este caso no se aplica el límite, por una parte, porque existe una base convencional para su aplicación, ya que el procedimiento ha sido previsto en los estatutos o en el acuerdo de junta. Por otra, el art. 47 prevé como alternativa a la impugnación de la fusión que se pueda pedir la indemnización de daños y perjuicios por los socios y el efecto de esta indemnización sería el mismo y no afectaría a la fusión”; Artículo 38, segundo párrafo de la Ley 3/2009: “A solicitud del socio que se considere perjudicado por la relación de canje establecida, podrá someterse al Registrador mercantil del domicilio social la designación de experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria, siempre que así se hubiera previsto en los estatutos o decidido expresamente por las juntas que acuerden la fusión o escisión de sociedades. La solicitud al Registrador mercantil se efectuará en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la publicación del acuerdo de fusión o escisión en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” y se sustanciará por las reglas establecidas en el Reglamento del Registro Mercantil”.

²¹⁵⁵ GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 101.

²¹⁵⁶ Precisa LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 459; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., op. cit. (*Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades*), pp. 247-248.

²¹⁵⁷ Indica LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 459, donde precisa que la recepción de acciones “hace referencia al aspecto personal del proyecto de fusión y en ella se fundamenta la garantía del derecho de los antiguos socios a mantener su posición en la sociedad que resulte de la operación”; También en op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 301-313; Afirman GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 141, que “es el elemento clave para conseguir la continuidad de la participación de los socios de las sociedades participantes en la fusión a la hora de integrarse en la sociedad resultante de la operación, una continuidad que supone, por un lado, proporcionalidad respecto de la participación relativa que cada socio

que cada socio tenía en la sociedad de origen (...), y por otro lado, proporcionalidad en atención a lo que aporta cada sociedad participante al patrimonio de la sociedad resultante”; GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 100.

²¹⁵⁸ “La valoración de los patrimonios sociales que concurren a la operación (...) constituye una conditio sine qua non de la fijación de la relación de canje”, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., op. cit. (*Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades*), p. 247.

²¹⁵⁹ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp.141-142.

²¹⁶⁰ GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 100, alude al “valor real” y al “valor razonable”; LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 459, alude al “valor real del patrimonio social” como base para la determinación del tipo de canje”, precisando en p. 460, que “se sigue ignorando todo lo que atañe a la problemática referida a los distintos métodos de contabilización d la categoría internacional que son la “combinaciones de empresas”, acogidas en el vigente Plan General de Contabilidad. (...). En este punto, otra vez más, nuestro Derecho Mercantil de fusiones ha quedado obsoleto, muy necesitado de una “relectura” a la luz de la armonización contable internacional”; La Norma Internacional de Información Financiera 3. Combinaciones de negocios, en su apartado Reconocimiento y valoración de los activos identificables adquiridos, los pasivos asumidos y cualquier participación no dominante en la adquirida. Clasificación o designación de activos identificables adquiridos y pasivos asumidos en una combinación de negocios, indica: “15 En la fecha de adquisición, la adquirente clasificará o designará los activos identificables adquiridos y pasivos asumidos según sea necesario, para aplicar posteriormente otras NIIF. La adquirente llevará a cabo esas clasificaciones o designaciones sobre la base de los acuerdos contractuales, condiciones económicas, sus políticas contables y de explotación y otras condiciones pertinentes que existan en la fecha de adquisición. 16 En algunas situaciones, las NIIF proporcionan diferentes formas de contabilización dependiendo de cómo clasifique o designe una entidad un activo o pasivo concreto (...). Principio de valoración. 18 La adquirente valorará los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos a sus valores razonables en la fecha de su adquisición. 19 Para cada combinación de negocios, la adquirente valorará, en la fecha de adquisición, los componentes de las participaciones no dominantes en la adquirida que constituyan participaciones de propiedad actuales y otorguen a sus tenedores derecho a una parte proporcional de los activos netos de la entidad en caso de liquidación, bien por: (a) el valor razonable; bien por (b) la parte proporcional que los instrumentos de propiedad actuales representen en los importes reconocidos de los activos netos identificables de la adquirida. Todos los demás componentes de las participaciones no dominantes se valorarán por su valor razonable en la fecha de adquisición, salvo que las NIIF impongan otra base de valoración. 20 Los párrafos 24 a 31 especifican los tipos de activos y pasivos identificables que incluyen partidas para las que esta NIIF prevé excepciones limitadas al principio de valoración”. A continuación alude a “Excepciones a los principios de reconocimiento o valoración”, “Excepción al principio de reconocimiento Pasivos contingentes”, “Excepciones a los principios de reconocimiento y valoración Impuesto sobre las ganancias”, “Excepciones al principio de valoración. Derechos readquiridos”.

²¹⁶¹ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 618, destacan la dificultad de dar cumplimiento a ese mandato de la norma nacional, “cuando las otras legislaciones nacionales no establezcan una condición análoga, de hecho tampoco impuesta por la Directiva. A esto se debe sumar que existen diferentes métodos para determinar el valor de la empresa”; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., op. cit. (*Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades*), p. 248 y 249.

²¹⁶² LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 461, donde añade que “es una cuestión abierta”, precisando, en relación con la ley 3/2009, que “no obstante la ley suministra varios datos que deben ser tenidos en cuenta al fijar el tipo de canje; éstos son: -Como criterio básico, la comparación del valor real de las respectivas acciones (...) en general de las sociedades que concurren, -El citado valor real de las acciones (...) de cada sociedad se determina a partir de la previa valoración de las diversas empresas que intervienen, conforme a un método que permita alcanzar ese valor real (...),-a tal efecto, la valoración de las empresas requiere la conjunción de diversos métodos que permitan determinar el valor real de un negocio en funcionamiento (...). Esto es, se trata de valorar empresas globalmente consideradas y en explotación. No es suficiente con el neto patrimonial reflejado en el balance de fusión (...). De éste no resulta el valor real sino el “valor razonable” (...), pero debe ser tomado en consideración bien como criterio clave, bien como corrector del resultado alcanzado con otros criterios, dado que, al estar auditado (...), permite limitar la discrecionalidad de los administradores. En definitiva, el balance de fusión no tiene un contenido puramente informativo”.

²¹⁶³ ARAGÓN LÓPEZ, R., GÁMEZ MARTÍNEZ, S., GÓMEZ-BEZARES PASCUAL, F., MSCAREÑAS GÓMEZ, I. Y VIÑOLAS SERRA, P., op. cit. (*La valoración de la empresa*), pp. 20-22.

²¹⁶⁴ ARAGÓN LÓPEZ, R., GÁMEZ MARTÍNEZ, S., GÓMEZ-BEZARES PASCUAL, F., MSCAREÑAS GÓMEZ, I. Y VIÑOLAS SERRA, P., op. cit. (*La valoración de la empresa*), p. 23; También LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 461.

²¹⁶⁵ Sobre esos métodos ARAGÓN LÓPEZ, R., GÁMEZ MARTÍNEZ, S., GÓMEZ-BEZARES PASCUAL, F., MSCAREÑAS GÓMEZ, I. Y VIÑOLAS SERRA, P., op. cit. (*La valoración de la empresa*), pp.7-47, fundamentalmente; Aluden también a diferentes métodos de valoración GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 142-145.

²¹⁶⁶ Resolución del ICAC publicada en el BOICAC núm. 47 de septiembre de 2001, cuyo texto completo es el siguiente: “Consulta sobre el tratamiento contable del efecto impositivo en una operación de fusión. Respuesta: “La incidencia en las cuentas anuales de las operaciones societarias de fusión y escisión, desarrolladas en los artículos 233 a 259 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, ha sido tratada por este Instituto en un borrador de Normas de Contabilidad aplicables a las Fusiones y Escisiones de Sociedades. Si bien dicho borrador no es de aplicación obligatoria hasta su aprobación, representa la opinión de la Comisión creada en el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas para la elaboración de normas sobre esta materia y como tal ha sido publicado en el Boletín de este Instituto (BOICAC) número 14. Las normas generales del citado borrador aplicables a las fusiones en sentido estricto en las que existe unión de intereses y se produce una yuxtaposición de las empresas fusionadas, establecen que para respetar el principio de precio de adquisición se deben mantener en la valoración de los elementos patrimoniales de la sociedad resultante de la fusión los valores contables existentes en las sociedades antes de la fusión. Sin perjuicio de la norma general indicada, se establecen en el citado borrador normas particulares que se aplicarán, entre otros supuestos, cuando el fondo económico de una fusión sea la adquisición de una o varias sociedades por otra u otras. En estos casos los elementos patrimoniales de las sociedades adquiridas se valorarán por los valores reales establecidos en el proceso de fusión, para aplicar de esta forma el principio de precio de adquisición. En la presente consulta se trata de un supuesto de fusión en el que existen sociedades adquiridas, de forma que puede identificarse con una fusión adquisición a la que resultan aplicables las normas particulares indicadas en el párrafo anterior. Así pues, considerando por una parte, que la relación de canje se va a determinar en función de unos valores reales que en este caso resultan superiores a los contables antes de la fusión y, por otra parte, que dichos valores superiores no van a tener eficacia fiscal hasta que se haya tributado efectivamente por ellos, será necesario que las sociedades receptoras en las fusiones valoren los bienes y derechos adquiridos por sus valores reales teniendo en cuenta el efecto impositivo, o lo que es lo mismo, tal y como se indica en el borrador, deberán registrarse los correspondientes activos o pasivos fiscales. El planteamiento anterior supone que en el activo del balance de la sociedad receptora debe aparecer el bien o derecho por su valor real (el incluido en la relación de canje) mientras que en el pasivo se debe registrar como contrapartida el impuesto diferido correspondiente a la diferencia de valoración. Al efectuarse la correspondiente imputación fiscal de la diferencia temporal surgida, en función de la depreciación experimentada por los bienes y derechos recibidos en la fusión, dicho impuesto diferido se irá dando de baja en contabilidad (reversión del impuesto diferido). En relación con el registro contable del citado impuesto diferido, la Resolución de este Instituto, de 9 de octubre de 1997, que desarrolla algunos aspectos de la norma de valoración decimosexta del Plan General de Contabilidad, teniendo en cuenta la naturaleza de las partidas derivadas del efecto impositivo y valorando los aspectos positivos y negativos relativos a la actualización financiera de las citadas partidas, se ha decantado por su no actualización, debiendo por tanto recogerse en contabilidad este pasivo por su valor nominal. Teniendo en cuenta que en la valoración de los distintos elementos objeto de fusión, se habrá cuantificado el citado pasivo, en general, considerando el efecto financiero que afecte a dicho importe, es posible que no coincida el valor nominal del pasivo con el recogido en la ecuación de canje. A este respecto, dicho diferencial debe ser recogido como una minoración de reservas, en particular de la prima de emisión”.

²¹⁶⁷ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 618; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., op. cit. (*Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades*), p. 249 , precisa que “la relación de canje no siempre constituye un simple resultado matemático; a contrario: su fijación responde por lo general a laboriosas negociaciones entre los administradores de las sociedades intervinientes, de tal suerte que la llamada relación de canje no representa tan sólo el cociente que resulta de dividir para cada sociedad participante en la fusión el número de acciones de la sociedad absorbente que se le asigna por el número de las propias. En la fijación de la “relación de canje” juegan otros factores que han de ser objeto del asimismo de negociación, entremezclándose criterios de índole objetiva con otros de carácter subjetivo. Ahora bien con independencia de cuales sean los criterios utilizados, la base determinante deberá ser en todo caso el valor patrimonial real”.

²¹⁶⁸ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 309-314.

²¹⁶⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., op. cit. (*Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades*), p. 249.

²¹⁷⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., o. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 111.

²¹⁷¹ Comentario Oficial a la Sección 11.02, apartado 7 “*shareholders of a domestic corporation that is a party to a merger may have appraisal rights*”.

²¹⁷² Comentario Oficial a la sección 13.01, punto 1, apartado 5 que indica “appraisal rights in connection with mergers (...) under chapter 11 and dispositions of assets requiring shareholder approval under chapter 12 are provided when these two conditions co-exist. Each of these actions will result in a fundamental change in the shares that a disapproving shareholder may feel was not adequately compensated by the terms approved by the majority. Except for shareholders of a subsidiary corporation that is merged under section 11.05 (the “short-form” merger), only those shareholders who are entitled to vote on a transaction are entitled to appraisal rights. The linkage between voting and appraisal rights is justified because the right to a shareholder vote is a good proxy for assessing the seriousness of the change contemplated by the corporate action. This is especially true where the action triggers group voting provisions”.

²¹⁷³ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), pp. 464-465.

²¹⁷⁴ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 456.

²¹⁷⁵ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), p. 337, que alude, en p. 341, a los elementos particulares que normalmente se incluyen son los proyectos de fusión, como los plazos para canjear los títulos o valores así como las previsiones pertinentes para los que no presenten al canje en el plazo fijado

²¹⁷⁶ Artículo 7 de la Directiva 2001/23.

²¹⁷⁷ GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 109.

²¹⁷⁸ Tales como, según el artículo 8.1 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada: “ a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte; b) Movilidad funcional de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores; c) Movilidad geográfica de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores; d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores; e) Inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores; f) Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial; g) Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados”.

²¹⁷⁹ Según el artículo 8.2 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada: “ a) El derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule; b) La recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente, en el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo; c) Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores; d) Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social, siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante contratos de obras o de servicios o tipos contractuales análogos que tengan por fin la elusión en fraude de ley de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo; e) Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica. f) Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo”.

²¹⁸⁰ Artículo 9.1 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

²¹⁸¹ Como precisa la SAN, Sala de lo Social, de 26 de enero de 2015, “con relación a los denominados grupos de empresa y la distinción de entre ellos de los grupos mercantiles y laborales, las STS de 27 de mayo de 2013, 25 de septiembre de 2013, y 19 de diciembre de 2013, seguida de otras posteriores como las de 28 de enero de 2014, ó 19 de febrero de 2014, seguidas entre otras por las SAN de 12-6-14 y 15-10-14, han establecido las pautas para la calificación del empresario cuando se dota de personificación grupal compleja”; Sobre la “teoría

de la cotitularidad” y “teoría del fraude”, para atribuir la condición de empresario al grupo de empresas “patológico o laboral, SA, Sala de lo Social, de 2 de enero de 2015.

Ello obliga a quien vindica que la persona que ocupa en el contrato la posición del empresario es un grupo de empresas laboral, en primer lugar a fijar en la demanda los hechos que conforme la jurisprudencia citada le identifican como tal y en segundo lugar a acreditarlos en juicio con la prueba a practicar.

No basta simplemente, como leyendo la demanda ocurre en este caso, con calificar al empresario como grupo sino que han de proporcionarse los elementos fácticos precisos para ello.

²¹⁸² STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 21 de mayo de 2015; SAN , Sala de lo Social de 2 de enero de 2015; Artículo 4.5 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

²¹⁸³ Según el artículo 51 TRLET: “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

²¹⁸⁴ Que ha de interpretarse conforme a la legislación comunitaria, como precisa la SAN, Sala de lo Social, de 5 de junio de 2015.

²¹⁸⁵ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 152.

²¹⁸⁶ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 152.

²¹⁸⁷ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), p. 346.

²¹⁸⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 152.

²¹⁸⁹ Siguiendo la Norma de Registro y Valoración 21ª “Operaciones entre empresas del grupo”, del Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC).

²¹⁹⁰ Norma de Registro y Valoración 19ª, “Combinaciones de negocios”, del Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC).

²¹⁹¹ Resolución del ICAC, publicada en el BOIAC núm. 75 de septiembre de 2008, cuyo contenido completo conviene transcribir y es el siguiente: Consulta “sobre la interpretación del artículo 235. d) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, relativo a la fecha de efectos contables de una fusión a partir de la entrada en vigor del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, y sobre si, en caso de no poder establecerse efectos retroactivos, la fecha de registro contable debe ser la de adquisición o la fecha de inscripción en el Registro Mercantil”. Respuesta: “En primer lugar debe resaltarse que dado el carácter jurídico de la consulta, este Instituto sometió su propuesta de contestación a la consideración de la Abogacía del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda, cuyas conclusiones se reproducen en la presente contestación. 1.- Antecedentes El artículo 235 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLA), aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, relativo al contenido del proyecto de fusión, establece: “Artículo 235. Contenido del proyecto de fusión. El proyecto de fusión contendrá, al menos, las menciones siguientes: a) (...) d) La fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio. (...)”. Lo dispuesto en el TRLA, es la transposición de la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones de sociedades anónimas, que en el artículo 5.2.e) establece: “2. El proyecto de fusión mencionará al menos.....e) La fecha a partir de la cual las operaciones de la sociedad absorbida se considerarán desde el punto de vista contable como realizadas por cuenta de la absorbente;...”. Antes de la entrada en vigor del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, no había una regulación contable de carácter general de las fusiones -las entidades de crédito constituían una excepción-. Existía un Borrador de Normas de Contabilidad aplicables a las Fusiones y Escisiones de Sociedades y una consulta publicada por

este Instituto, con el contenido que se detalla a continuación: a) Borrador de normas de contabilidad aplicables a las fusiones y escisiones (publicada en el Boletín nº 14 de este Instituto, de octubre de 1993). En el artículo 10 (...) se establecía que: “1. La fusión tendrá efectos contables, esto es, las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas por cuenta de la sociedad a la que se traspa su patrimonio, en la fecha en que se indique en el proyecto de fusión por los socios. 2. A partir de la fecha de efectos contables, los ingresos y gastos y demás operaciones de las sociedades que se extinguen se registrarán por cuenta de la sociedad absorbente o de nueva creación”. b) Consulta publicada en el Boletín nº 60 de este Instituto, de diciembre de 2004, sobre la incidencia de la retroacción contable acordada en una fusión. “El artículo 235 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante TRLSA), aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, indica que el proyecto de fusión contendrá, entre otras, al menos, la mención a la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio. Adicionalmente, en virtud del artículo 245 del TRLSA la eficacia de la fusión quedará supeditada a la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, a la inscripción de la absorción. Por tanto, hasta que ésta no se produzca, todas las sociedades que participan en la fusión deberán formular cuentas anuales, dado que no se ha producido la extinción de ninguna de ellas. En este sentido, en un supuesto en que se produce una fusión por absorción, cuya fecha de inscripción es posterior al cierre del ejercicio, las sociedades participantes deberán formular sus cuentas anuales individuales a dicha fecha de cierre; en concreto, las cuentas anuales de la sociedad absorbente no incluirán los activos y pasivos de la absorbida, que aún no forman parte de su patrimonio, sin perjuicio de que si se han acordado efectos contables con anterioridad a la fecha de fusión, la absorbente habrá asumido la gestión de la absorbida, lo que obligará a informar en la memoria detalladamente respecto del contenido y consecuencias del proceso en marcha, así como a recoger en la cuenta de pérdidas y ganancias los efectos a que se ha hecho referencia, ya que al realizar la sociedad absorbida operaciones por cuenta de otra, se considerarán que son ingresos y gastos en la sociedad por cuenta de la que se realizan, es decir, la absorbente”. Conforme a esta regulación, en la práctica mercantil las empresas han venido fijando la fecha de efectos contables de forma potestativa, con base en la autonomía de la voluntad de las partes, con los únicos límites, con carácter general, de las últimas cuentas cerradas con anterioridad al proyecto de fusión y la fecha en que tiene eficacia la fusión. La práctica de datar los efectos contables de una fusión antes de la eficacia jurídica de la operación, es lo que se ha venido denominando retroacción contable. Sin duda el caso más habitual (que algún sector de la doctrina ha denominado “modelo de frecuencia”) han sido los acuerdos en los que el proyecto de fusión hacía coincidir la fecha del balance de fusión, la fecha de participación en beneficios de los nuevos accionistas y la fecha de retroacción contable, con el 31 de diciembre del año anterior a la fecha de aprobación e inscripción de la fusión. La consecuencia de esta práctica era la incorporación de los ingresos y gastos de la sociedad absorbida (fusión por absorción) o de las sociedades que participaban en la fusión (fusión por creación de nueva sociedad) en la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad absorbente o de la sociedad de nueva creación, respectivamente, desde el 1 de enero del ejercicio en que se aprobaba la fusión. 2.- Ley 16/2007 y Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007 Código de Comercio. Con la entrada en vigor de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, se refuerza la necesidad de atender a la realidad económica en el registro contable de las operaciones, habiéndose modificado el artículo 34.2 del Código de Comercio para hacer mención expresa de este aspecto: “2. Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica”. Asimismo se introduce en el artículo 36 del Código de Comercio una definición de los elementos del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias, coherente con este objetivo, y basada en la existencia de control económico: Activos: bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que es probable que la empresa obtenga beneficios económicos en el futuro. Ingresos: incrementos en el patrimonio neto durante el ejercicio, ya sea en forma de entradas o aumentos en el valor de los activos, o de disminución de los pasivos, siempre que no tengan su origen en aportaciones de los socios o propietarios. Gastos: decrementos en el patrimonio neto durante el ejercicio, ya sea en forma de salidas o disminuciones en el valor de los activos, o de reconocimiento o aumento de los pasivos, siempre que no tengan su origen en distribuciones a los socios o propietarios. Plan General de Contabilidad 2007 Norma de registro y valoración de combinaciones de negocios El Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre -que tiene, según la disposición final quinta de este Real Decreto el carácter de desarrollo de la legislación mercantil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.6ª de la Constitución-, incorpora una norma de registro y valoración sobre “Combinaciones de negocios” (norma de registro y valoración 19ª) basada en este objetivo expresamente recogido en el Código de Comercio de contabilizar conforme a la realidad económica. Bajo la denominación de “Combinaciones de negocios” quedan agrupadas operaciones societarias y negocios jurídicos cuyo resultado es la integración de dos o más empresas siempre que pueda identificarse un negocio

adquirente y otro adquirido. En este sentido se consideraba necesario dar un tratamiento contable unitario a todos los procesos de concentración empresarial. En resumen, esta norma se estructura en tres pilares: - Se aplica a todas las operaciones en las que una empresa adquiere el control de uno o varios negocios. Por tanto, la norma regula el tratamiento de una diversidad de operaciones jurídicas (fusiones, escisiones, aportaciones no dinerarias de un negocio, adquisiciones de ramas de actividad, etc.). - Las combinaciones que conllevan la incorporación de todos los elementos patrimoniales de un negocio, se contabilizan como la adquisición de un negocio (método de adquisición). - La adquisición de una empresa, de forma análoga a la de un activo, se considera producida cuando se obtiene su control. Por tanto, conforme a esta norma, operaciones como podrían ser una fusión por absorción o una aportación no dineraria de una empresa, se contabilizan de la misma forma. Seguidamente se recoge el tenor literal de las partes relevantes de esta norma a efectos del análisis de la fecha de efectos contables: “19ª Combinaciones de negocios 1. Ámbito y normas de aplicación La presente norma regula la forma en que las empresas deben contabilizar las combinaciones de negocios en las que participen, entendidas como aquellas operaciones en las que una empresa adquiere el control de uno o varios negocios. A efectos de esta norma, un negocio es un conjunto de elementos patrimoniales constitutivos de una unidad económica dirigida y gestionada con el propósito de proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos a sus propietarios o partícipes y control es el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades. Las combinaciones de negocios, en función de la forma jurídica empleada, pueden originarse como consecuencia de: La fusión o escisión de varias empresas. (...) En las combinaciones de negocios a que se refieren las letras a) y b) anteriores, deberá aplicarse el método de adquisición descrito en el apartado siguiente de esta norma. Por su parte, las operaciones de fusión, escisión y aportación no dineraria de un negocio, entre empresas del grupo en los términos señalados en la norma relativa a operaciones entre empresas del grupo, se registrarán conforme a lo establecido en ella. (...). 2. Método de adquisición El método de adquisición supone que la empresa adquirente contabilizará, en la fecha de adquisición, los activos adquiridos y los pasivos asumidos en una combinación de negocios, así como, en su caso, la diferencia entre el valor de dichos activos y pasivos y el coste de la combinación de negocios de acuerdo con lo indicado en los siguientes apartados. A partir de dicha fecha se registrarán los ingresos y gastos, así como los flujos de tesorería que correspondan. (...) 2.2. Fecha de adquisición La fecha de adquisición es aquella en la que la empresa adquirente adquiere el control del negocio o negocios adquiridos (...)”. Asimismo, la nota 19 del modelo normal de memoria (Tercera Parte: Cuentas Anuales) del Plan General de Contabilidad dispone que se ha de informar en la memoria de: La empresa adquirente indicará, para cada una de las combinaciones que haya efectuado durante el ejercicio, la siguiente información: ... la fecha de adquisición. (...). La empresa adquirente revelará, de forma separada para cada combinación de negocios efectuada durante el ejercicio, o agregadamente para las que carezcan individualmente de importancia relativa, la parte de los ingresos y el resultado imputable a la combinación desde la fecha de adquisición. También indicará los ingresos y el resultado del ejercicio que hubiera obtenido la empresa resultante de la combinación de negocios bajo el supuesto de que todas las combinaciones de negocios realizadas en el ejercicio se hubiesen efectuado en la fecha de inicio del mismo. Cabe señalar que esta normativa se inspira en la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) nº 3 adoptada por los Reglamentos de la Unión Europea, y en la que la contabilización de las operaciones de fusión se refiere indubitavelmente a la fecha de adquisición del control. Asimismo ha de destacarse que debe interpretarse la compatibilidad de la NIIF nº 3 adoptada en la UE y la III Directiva. Norma de registro y valoración de operaciones de empresas del grupo: operaciones de fusión, escisión y aportación no dineraria de un negocio El Plan General de Contabilidad establece un régimen especial, en la norma de registro y valoración 21ª “Operaciones entre empresas del grupo” para aquellas fusiones entre empresas que con anterioridad pertenecían a la misma unidad económica: “2.2. Operaciones de fusión, escisión y aportación no dineraria de un negocio En las operaciones de fusión, escisión y aportación no dineraria en las que el objeto sea un negocio, según se define en la norma sobre combinaciones de negocios, se seguirán los siguientes criterios: En las operaciones entre empresas del grupo en las que intervenga la empresa dominante del mismo o la dominante de un subgrupo y su dependiente, directa o indirectamente, los elementos constitutivos del negocio adquirido se valorarán por el importe que correspondería a los mismos, una vez realizada la operación, en las cuentas anuales consolidadas del grupo o subgrupo según las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, que desarrollan el Código de Comercio. En el caso de operaciones entre otras empresas del grupo, los elementos patrimoniales del negocio se valorarán según los valores contables existentes antes de la operación en las cuentas anuales individuales (...)”. 3.-Regulación del registro contable El régimen legal de las obligaciones de registro contable está contenido en el artículo 28.2 del Código de Comercio con el siguiente tenor: “El libro Diario registrará día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa. Será válida, sin embargo, la anotación conjunta de los totales de las operaciones por períodos no superiores al mes, a condición de que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que se trate”. En definitiva, según este artículo las operaciones se contabilizan cuando son de la propia empresa. Y en el caso de una fusión a la que le sea aplicable la norma de registro y valoración 19ª “Combinaciones de

negocios” del Plan General de Contabilidad, las actividades de un negocio adquirido pasan a ser de la adquirente, desde un punto de vista contable, en la fecha que se obtiene el control de la entidad, es decir, la fecha de adquisición. Además, y en línea con estas consideraciones, hay que tener en cuenta que esta norma describe el método de adquisición, refiriendo su contabilización a la fecha de adquisición. 4.- Conclusiones sobre la fecha de efectos contables Si bien la Ley de Sociedades Anónimas dispone que en el proyecto de fusión se ha de mencionar la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan han de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio, esta mención ha de estar supeditada a los métodos contables que se establezcan para el registro y valoración de las fusiones. En la medida en que no existiese normativa, o que ésta permitiese la contabilización desde una fecha pactada en el proceso de fusión, su único límite debía ser el cierre del ejercicio anterior y el momento de eficacia jurídica de la fusión. Sin embargo a partir de la entrada en vigor de la normativa que emana de la Ley 16/2007, cabe concluir que, de acuerdo con el contenido del nuevo Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, conforme a la metodología de registro contable de las fusiones que queden ubicadas en el ámbito de aplicación de la norma relativa a combinaciones de negocios, no puede designarse de forma potestativa una fecha de fusión a efectos contables distinta de la fecha de adquisición del control. En el caso de fusiones entre empresas del grupo, desde una perspectiva económica, no existe impedimento para que las sociedades puedan pactar una fecha de eficacia contable de la fusión anterior a la fecha en la que ésta se apruebe o inscriba (y siempre que sea posterior al momento en que dichas empresas formen parte del grupo), considerando siempre el límite del inicio del ejercicio (cuando el ejercicio coincide con el año natural, el 1 de enero), porque el carácter anual de las cuentas obligará en cualquier caso a las sociedades intervinientes a formular sus cuentas anuales en los tres primeros meses del ejercicio siguiente. Sobre este tema, la Abogacía del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda ha señalado las siguientes conclusiones: “PRIMERA.- Tras la entrada en vigor del Nuevo Plan de Contabilidad, la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio, será la de toma de control efectivo por la sociedad adquirente y, por tanto, sólo a partir de la fecha en que se adopte el acuerdo de la junta de accionistas de la sociedad adquirida sobre el proyecto de fusión, siempre que contenga pronunciamiento sobre la asunción de control del negocio por la adquirente, aunque no podrá referirse a un momento anterior. (...)” En definitiva, en una fusión incluida en el ámbito de las combinaciones de negocios reguladas en la norma de registro y valoración 19ª del Plan General de Contabilidad, la fecha de efectos contables ha de coincidir con la fecha de adquisición, es decir, aquella en la que la sociedad adquirente adquiere el control (poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades) de la sociedad adquirida. En ausencia de un control previo -en cuyo caso, aplicaría la norma de registro y valoración 21ª del Plan General de Contabilidad-, el informe de la Abogacía del Estado considera que la fecha de toma de control no puede ser anterior a la aprobación en junta general del proyecto de fusión, en los términos expresados en la conclusión anteriormente reproducida. Estos mismos criterios son aplicables al caso de las escisiones. 5.- Conclusiones relativas a la fecha de registro En cuanto a la fecha de registro de una fusión a la que sea aplicable la norma de registro y valoración 19ª del Plan General de Contabilidad, y teniendo en cuenta que: - Cuando se obtiene el control de la entidad adquirida es cuando se produce la transmisión contable de los activos y pasivos de la misma. Por tanto, es en este momento cuando las operaciones de la entidad adquirida pueden ser consideradas pertenecientes a la actividad de la empresa adquirente, a efectos de las obligaciones registrales contenidas en el artículo 28.2 del Código de Comercio, y - Expresamente la norma de registro y valoración 19ª Combinaciones de negocios (apartado 2) del Plan General de Contabilidad indica que: “El método de adquisición supone que la empresa adquirente contabilizará, en la fecha de adquisición, los activos adquiridos y los pasivos asumidos en una combinación de negocios A partir de dicha fecha se registrarán los ingresos y gastos, así como los flujos de tesorería que correspondan”. Se ha de concluir que el registro se ha de referir a la fecha de adquisición, sin perjuicio de la lógica aplicación del principio de importancia relativa. En cualquier caso, debe recordarse que en virtud del artículo 245 del TRLSA la eficacia de la fusión quedará supeditada a la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, a la inscripción de la absorción, y en este sentido ha de señalarse que la obligación de formular cuentas anuales se mantiene hasta la fecha en que las sociedades que participan en la fusión se extingan, con el contenido que de ellas proceda de acuerdo con lo expuesto anteriormente”. Esta resolución del ICAC sustituyó al “Borrador de Normas de contabilidad aplicables a las Fusiones y Escisiones de Sociedades” que elaborado por el mismo Instituto como “Informe de la Comisión creada para la elaboración de Normas de Contabilidad aplicables a las Fusiones y Escisiones de Sociedades”, y publicado en el BOICAC núm. 14.

²¹⁹² Comentario Oficial a la sección 11.02, punto 6; Nevada Revised Statutes. Chapter 92A - Mergers, Conversions, Exchanges and Domestications. Sección 92A.240. Effective date and time of merger, conversion or exchange; articles of termination: “A merger, conversion or exchange takes effect: 1. At the time of the filing of the articles of merger, conversion or exchange with the Secretary of State”.

²¹⁹³ Resolución del ICAC publicada en el BOICAC núm. 60, de diciembre 2004.

²¹⁹⁴ Conforme a la resolución del ICAC publicada BOICAC núm. 80, de diciembre de 2009, que literalmente indica lo siguiente: “Consulta “sobre el criterio aplicable para determinar la fecha de efectos contables en la fusión de un negocio entre dos sociedades del grupo, tal y como éste se define en la norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) 13ª. Empresas del grupo, multigrupo y asociadas, cuando una de las sociedades fusionadas se ha incorporado al grupo en el ejercicio en que se produce la fusión”. Respuesta: “La interpretación de este Instituto sobre la fecha de efectos contables de una fusión a partir de la entrada en vigor del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, está incluida en la respuesta a la consulta 1 publicada en el Boletín del ICAC (BOICAC) nº 75, de septiembre de 2008. En las conclusiones recogidas en el apartado 4 de la citada respuesta se aclara que: “en el caso de fusiones entre empresas del grupo, desde una perspectiva económica, no existe impedimento para que las sociedades puedan pactar una fecha de eficacia contable de la fusión anterior a la fecha en la que ésta se apruebe o inscriba (y siempre que sea posterior al momento en que dichas empresas formen parte del grupo), considerando siempre el límite del inicio del ejercicio (cuando el ejercicio coincide con el año natural, el 1 de enero), porque el carácter anual de las cuentas obligará en cualquier caso a las sociedades intervinientes a formular sus cuentas anuales en los tres primeros meses del ejercicio siguiente”. A la vista de este criterio, cabe concluir que cuando la fusión se produce entre dos o más sociedades dependientes de una misma dominante, o entre sociedades controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas que actúen conjuntamente, o que se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, la fecha de efectos contables es potestativa y, en consecuencia, las sociedades podrán pactarla libremente, en el intervalo que media entre la fecha de inicio del ejercicio en que se aprueba la fusión y la fecha de inscripción en el Registro Mercantil, y siempre que sea posterior al momento en que cada una de ellas se hubiese incorporado al grupo. Si una de las sociedades se ha incorporado al grupo en el ejercicio en que se produce la fusión, la fecha de efectos contables no podrá ser anterior a dicho momento. Los elementos patrimoniales de la citada sociedad se valorarán según los valores contables existentes antes de la operación en sus cuentas anuales individuales. A mayor abundamiento cabe señalar que en el supuesto de que las sociedades que intervienen en la operación formasen parte del grupo con anterioridad al inicio del ejercicio inmediato anterior, de acuerdo con el criterio expresado en la consulta del BOICAC nº 75, la información sobre los efectos contables de la fusión en ningún caso se extenderá a la información comparativa. Por último, en sintonía con el criterio fijado en la citada consulta, es preciso señalar que si entre la fecha de aprobación de la fusión y la de inscripción en el Registro Mercantil se produce un cierre, la obligación de formular cuentas anuales subsiste para los sociedades que participan en la operación, con el contenido que de ellas proceda de acuerdo con lo expuesto en relación con la fecha de efectos contables. Estas conclusiones no se ven alteradas por la nueva regulación en materia de fusiones aprobada por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en cuyo artículo 31, punto 7, se exige

como contenido obligatorio del proyecto común de fusión la referencia a: “la fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad”.

²¹⁹⁵ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 618.

²¹⁹⁶ MACHADO, J., “Artículo 27. Ventajas de los fundadores de sociedades anónimas”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 2448; Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 128. Ventajas de fundadores y promotores: En caso de que se establezcan derechos especiales en favor de los fundadores o de los promotores de la sociedad, los estatutos detallarán su régimen, con expresión de si se encuentran o no incorporados a títulos nominativos, así como las limitaciones a la libre transmisibilidad de los mismos que pudieran establecerse”.

²¹⁹⁷ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, artículo 27. Ventajas de los fundadores de las sociedades anónimas: 1. En los estatutos de las sociedades anónimas los fundadores y los promotores de la sociedad podrán reservarse derechos especiales de contenido económico, cuyo valor en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del diez por ciento de los beneficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un período máximo de diez años. Los estatutos habrán de prever un sistema de liquidación para los supuestos de extinción anticipada de estos derechos especiales. 2. Estos derechos podrán incorporarse a títulos nominativos distintos de las acciones, cuya transmisibilidad podrá restringirse en los estatutos sociales”.

²¹⁹⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 151.

²¹⁹⁹ ESPÍN, C., “*Artículo 341. Bonos de disfrute*”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II., Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 2448, que precisa en pp. 2448-2450, que, “en las sociedades anónimas se han identificado como “derechos especiales” los ventajas de fundador, que pueden incorporarse a títulos nominativos distintos de las acciones (art. 27.2), que se denominan bonos de fundador. Igualmente (...) los bonos de disfrute pueden estar representados mediante títulos-valores. Los bonos de disfrute se justifican plenamente cuando la suma que se reembolsa a los socios no alcanza el valor razonable, (...). Se podría así establecer una ecuación económicamente justificada, aunque no obligatoria, por la cual el valor de los bonos de disfrute más la suma reembolsada a los socios sería igual al valor razonable (...). Los bonos de disfrute como instrumento que incorpora “derechos especiales distintos de las acciones”, parece protegido en relación con las modificaciones estructurales. (...). El proyecto de fusión debe mencionar los derechos que vayan a otorgarse a quienes tengan bonos de disfrute (...) y al publicar o comunicar individualmente la convocatoria de la junta en la que haya de someterse la aprobación del proyecto de fusión debe de ponerse a disposición de los titulares de bonos de disfrute una amplia documentación”.

²²⁰⁰ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, artículo 341. Bonos de disfrute: “1. En la reducción del capital con amortización de acciones podrán atribuirse bonos de disfrute a los titulares de las acciones amortizadas, especificando en el acuerdo de reducción el contenido de los derechos atribuidos a estos bonos. 2. Los bonos de disfrute no podrán atribuir el derecho de voto”.

²²⁰¹ ESPÍN, C., op. cit. (*Artículo 341. Bonos de disfrute*), p. 2449.

²²⁰² GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 151.

²²⁰³ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), p. 375.

²²⁰⁴ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 152.

²²⁰⁵ Según el comentario Oficial a la sección 11.04, punto 2, de la Business Corporation Act: “The board of directors, after having adopted the plan of merger or share exchange, to submit the plan of merger (...) to the shareholders for approval, except as provided in subsection (g) and section 11.05. When submitting the plan of merger or share exchange the board of directors must make a recommendation to the shareholders that the plan be approved unless the board of directors makes a determination that because of conflicts of interest or other special circumstances it should make no recommendation. For example, the board of directors may make such a determination where there is not a sufficient number of directors free of a conflicting interest to approve the transaction or because the board of directors is evenly divided as to the merits of a transaction but is able to agree that shareholders should be permitted to consider the transaction. If the board of directors makes such a determination, it must describe the conflict of interest or special circumstances, and communicate the basis for the determination, when submitting the plan of merger or share exchange to the shareholders. The exception for conflicts of interest or other special circumstances is intended to be sparingly available. Generally, shareholders should not be asked to act on a merger or share exchange in the absence of a recommendation by the board of directors. The exception is not intended to relieve the board of directors of its duty to consider carefully the proposed transaction and the interests of shareholders”.

²²⁰⁶ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 152; Precisa LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 379-380, señala como inconvenientes que “Primero, por la propia dificultad de imaginar “ventajas” lícitas. Y luego, por la incompatibilidad entre la previsión de “ventajas de cualquier clase” (léase “todas las ventajas”) y la posición de independencia que tales expertos deben tener para desarrollar su cometido de manera adecuado; independencia que exige y aún presupone su propia denominación legal”.

²²⁰⁷ Precisa LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), pp. 379.

²²⁰⁸ “El deber de diligencia no comprende, en principio, que el administrador tenga los conocimientos técnicos más convenientes para la mejor gestión de la sociedad, en cuanto que se exige que el administrador sea diligente y no necesariamente experto.”, precisa SÁNCHEZ CALERO, F, op. cit. (*Los administradores en las sociedades de capital*), p. 173; En otro sentido afirma GALLEGÓ, E., “*Artículo 212. Requisitos subjetivos*”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I., Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 1502, que “la singularidad más relevante de los presupuestos positivos para ser administrador es precisamente la falta de presupuestos. En particular la Ley no exige

disponer de conocimientos previos de índole alguna, de titulaciones determinadas ni de experiencia de ninguna clase. Eso no obstante constituye un requisito de acceso al cargo ostentar la capacitación profesional y los conocimientos previos, técnicos o de otra índole, adecuados a la actividad que, en concreto, vaya a desarrollarse, así como la pericia y la experiencia que razonablemente puedan exigirse a una persona que lleve a cabo las mismas funciones en el seno de la sociedad. Esta exigencia deriva del deber de informarse (art. 225.2) o, en todo caso, del genérico deber de diligencia que cumple a todo administrador (225.1), ya que el primero es un deber de informarse adecuadamente y el último ha de ser concebido en términos objetivos. La fórmula del “ordenado empresario” que usa el artículo 225.1 no impide concluir de este modo”; Sobre el deber de lealtad y los conflictos de intereses, RIBAS, V., “*Artículo 226. Deber de lealtad*” y “*Artículo 229. Situaciones de conflicto de intereses*”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I., Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1620-1626 y 1635-1652.

²²⁰⁹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*), p. 382, indica que “el término “ventaja” admite una mayor variedad que la expresión “derechos especiales”, más restrictiva”. Que enumera una serie de posibles “ventajas en pp. 382-384.

²²¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F, op. cit. (*Los administradores en las sociedades de capital*), pp. 183-197.

²²¹¹ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 619.

²²¹² Así indica la MBCA en su Sección 11.02.c9.4 “the articles of incorporation of any domestic or foreign business corporation (...), to be created by the merger, or if a new domestic or foreign business corporation (...) is not to be created by the merger, any amendments to the survivor’s articles of incorporation” La Delaware General Corporation Law, en su Sección 251. Merger or Consolidation of Domestic Corporations (b), establece: “The board of directors of each corporation which desires to merge or consolidate shall adopt a resolution approving an agreement of merger or consolidation and declaring its advisability. The agreement shall state: (...) (3) in the case of a merger, such amendments or changes in the certificate of incorporation of the surviving corporation as are desired to be effected by the merger, or, if no such amendments or changes are desired, a statement that the certificate of incorporation of the surviving corporation shall be its certificate of incorporation; (4) in the case of a consolidation, that the certificate of incorporation of the resulting corporation shall be as is set forth in an attachment to the agreement”; Según la General Laws of Massachusetts. Chapter 156D Business Corporations, Section 11.02. Merger, el plan of merger deberá indicar: “(4) the articles of organization of any corporation, or the organizational documents of any other entity, to be created by the merger, or if a new corporation or other entity is not to be created by the merger, any amendments to the survivor’s articles of organization or organizational documents”; New York Business Corporation Law. Sección 902 (NY Code - Section 902: “(a) The board of each corporation proposing to participate in a merger or consolidation under section 901 (Power of merger or consolidation) shall adopt a plan of merger or consolidation, setting forth: 4) In case of merger, a statement of any amendments or changes in the certificate of incorporation of the surviving corporation to be effected by such merger; in case of consolidation, all statements required to be included in a certificate of incorporation for a corporation formed under this chapter, except statements as to facts not available at the time the plan of consolidation is adopted by the board”; Kansas Statute, Article 67. Merger or consolidation, sección 17-6701. (b)The board of directors of each corporation which desires to merge or consolidate shall adopt a resolution approving an agreement of merger or consolidation. The agreement shall state: (3) in the case of a merger, such amendments or changes in the articles of incorporation of the surviving corporation as are desired to be effected by the merger or, if no such amendments or changes are desired, a statement that the articles of incorporation of the surviving corporation shall be its articles of incorporation; (4) in the case of consolidation, that the articles of incorporation of the resulting corporation shall be as is set forth in an attachment to the agreement”; Illinois Compiled Statutes Business Corporation Act of 1983. Sec. 11.05. Procedure for merger or consolidation: “The board of directors of each corporation shall, by resolution adopted by a majority vote of the members of each such board, approve a plan of merger or consolidation setting for: (d) A statement of any changes in the articles of incorporation of the surviving corporation to be effected by such merger or a statement of the articles of incorporation of the new corporation”; Massachusetts. General Laws. Title XXII Corporations. Chapter 156D Business Corporations. Section 11.02. Merger.”! c) The plan of merger shall include: (4) the articles of organization of any corporation, (...), to be created by the merger, or if a new corporation or other entity is not to be created by the merger, any amendments to the survivor’s articles of organization”; Michigan Business Corporation Act 1972. Sección 450.1701 Merger of domestic corporations; adoption and contents of plan of merger: “(2) The board of each corporation proposing to participate in a merger shall adopt a plan of merger, setting forth all of the following: (d) A statement of any amendment to the articles of incorporation of the surviving corporation to be effected by the merger or any restatement of the articles as provided in section 641(1), which shall be in the form of restated articles as provided in section 642”.

²²¹³ Comentario Oficial, apartado 3, tercer párrafo que indica “Section 11.02(c)(4) provides that a plan of merger must set forth the articles of incorporation of any corporation (...) to be created by the merger, or if a new corporation (...) is not to be created by the merger, any amendments to the survivor’s articles of incorporation or organizational documents. If a domestic corporation is merged into an existing domestic or foreign corporation (...), section 11.02(c) does not require that the survivor’s articles of incorporation or organizational documents be included in the plan of merger. However, if approval of the plan of merger by the shareholders of a domestic corporation to be merged into another party to the merger is required under section 11.04, section 11.04(d) requires that the shareholders be furnished with a copy or summary of those articles of incorporation or organizational documents in connection with voting on approval of the merger”.

²²¹⁴ En nuestro ordenamiento el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, titulado “contenido de la escritura de constitución”, establece que “la escritura de constitución de cualquier sociedad de capital se incluirán, al menos, las siguientes menciones: d) Los estatutos de la sociedad”, aunque no figuren en el cuerpo de la escritura y “se incluyan como anexo”, indica ROJO, A., “*Artículo 21. Otorgamiento de la escritura de constitución*”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I., Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 349; l artículo 23 siguiente establece cual ha de ser el contenido de los estatutos de la sociedad, que se corresponde con la idea de que constituyen el “conjunto de normas que regulan los aspectos básicos de la organización y funcionamiento social y que son incorporados a la escritura de constitución de la sociedad. De este modo, las reglas de los estatutos sociales, junto con las contenidas en la normativa sobre sociedades, disciplinarán la organización y el funcionamiento de la sociedad (...) dichas reglas de funcionamiento no sólo producirán efectos en la esfera interna de la sociedad, sino también en la externa, generando consecuencias así para terceros ajenos al contrato de sociedad. La caracterización de los estatutos coincide con la propia del contrato que se incorpora a la escritura de constitución pues son parte integrante del mismo, de forma que ambos comparten idéntica naturaleza. Los estatutos deben formar parte de la voluntad negocial, integrando el consentimiento necesario para la fundación de la sociedad de capital”, indica MOYA, J., “*Artículo 23. Estatutos sociales*”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I., Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 354; “Los estatutos han de expresar con claridad y precisión el régimen de la sociedad, pero esto no implica la necesidad de transcribir aquellos preceptos de la L.S.C. que los completan. Es más, debe evitarse la transcripción parcial de esos preceptos que pueden inducir a confusión sobre el sentido de las cláusulas estatutarias”, indican SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil, v. I*), p. 407; Sobre el contrato de sociedad afirma GIRÓN TENA, J., op. cit. (*Derecho de sociedades*), p. 137, que “tampoco entorpece la noción de contrato la eficacia reglamentaria, en las Sociedades de capitales, de la conformación acordada para la sociedad”.

²²¹⁵ “Por modificación estatutaria hay que entender cualquier alteración en la forma o en el contenido de los estatutos vigentes, sean los primitivos elaborados en el momento fundacional, sean los posteriores ya modificados”, indica QUIJANO, J., “*Artículo 285. Competencia orgánica*”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II., Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 2104; “El proceso de modificación de los estatutos de las sociedades de capital se inicia formalmente con la propuesta de modificación. La Ley exige que los administradores o, en su caso, los socios autores de la propuesta formulen el texto íntegro de la modificación estatutaria que pretenden someter a la consideración de la junta general, así como, en el caso de las sociedades anónimas (...), un informe escrito con la justificación de esta propuesta de modificación (...). El fundamento de estas exigencias legales es el de posibilitar al socio de cualquier sociedad de capital -cualquiera que sea la participación que tenga en el capital social-, el conocimiento anticipado de la modificación sobre la que la junta general debe pronunciarse, evitando así que la emisión del voto tenga lugar sin el potencial conocimiento exacto del texto que se someterá a votación y, en el caso de las sociedades anónimas (...), la razón de ser de esa modificación (...). Sin texto previo y, en el caso de las anónimas (...), sin previo informe justificativo, el acuerdo de modificación estará viciado de nulidad. Es nulo, con nulidad radical”, precisa ROJO, A., “*Artículo 286. Propuesta de modificación*”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II., Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 2110-2111; SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil, v. I*), pp. 548-550.

²²¹⁶ Tal como previene la Michigan Business Corporation Act 1972. Sección 450.1703a Plan of merger or share exchange; approval, cuando establece en su apartado 2. (e): “Except as provided in section 754 or unless required by the articles of incorporation, action by the shareholders of the surviving corporation on a plan of merger is not required if all of the following apply: (i) The articles of incorporation of the surviving corporation will not differ from its articles of incorporation before the merger”.

²²¹⁷ ROJO, A., op. cit. (*Artículo 286. Propuesta de modificación*), p. 2112.

²²¹⁸ Artículo 42 de la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 255-260.

²²¹⁹ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 153-154, donde precisan, respecto de nuestro ordenamiento, que “esta nueva mención supone un reforzamiento de los derechos de información, aunque implica una mayor rigidez del procedimiento pues en esta fase puede que haya parte de los estatutos que aún no se puedan definir adecuadamente”, aludiendo de seguido a que aquella exigencia plantea el problema que al exigirse la publicación o comunicación a la junta general de las menciones mínimas del proyecto, “ello supondría la necesaria inclusión de los estatutos completos (...) esta interpretación sería absurda (...), por tanto bastaría una mención genérica a los mismos y en su caso una mención de las modificaciones derivadas directamente de las fusión”, y en 186-188, acerca de la convocatoria de la junta general, que la exigencia de incluir en la misma, según establece el artículo 40.2 de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, las menciones mínimas del proyecto de fusión legalmente exigidas, “plantea el problema del hecho de que de que entre ellas el art. 31 incluye a los estatutos. Si la convocatoria se remite, no existe problema, pero si la ley (SA) o los estatutos exigiesen publicaciones, el transcribirlos en éstas supondría hacer unas publicaciones kilométricas y ruinosas. Esta no puede ser la interpretación correcta de la ley, no sólo porque las publicaciones sean inasumibles económicamente, sino sobre todo porque son inútiles y contrarias al espíritu y finalidad de la ley, abogando por “una interpretación correctora”, y concluyendo que “en general, no se pueden identificar las menciones mínimas (...) con la totalidad del proyecto, sino que ha de tratarse de un resumen del contenido del proyecto que comprenda todas las menciones mínimas”.

²²²⁰ “Es ya clásico distinguir dos grandes modelos: el anglosajón y el continental” afirma SAGARDOY BENGOCHEA op. cit. (*Incertidumbres y certezas del Derecho del Trabajo*), pp. 104-106, que distingue más pormenorizadamente entre el modelo nórdico y el modelo anglosajón, ambos con un mercado laboral muy flexible, de los modelos continental y mediterráneo a los que caracteriza por un mercado de trabajo muy rígido.

²²²¹ Considerando 13.

²²²² Sobre las disposiciones principales y accesorias de la Directiva 2001/86, VASQUEZ, F., “La participación de los trabajadores: La dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva”, en *La sociedad Anónima Europea. Régimen societario, laboral y fiscal* (Esteban Velasco, G., Del Pozo, L., coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004, pp. 932-935. Sobre la participación de los trabajadores en las sociedades participantes en el proceso de fusión y en la sociedad resultante, su protección y su importancia según la Directiva 2005/56, LEXIDALE/BECH-BRUUN, op. cit. (*Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive*), pp. 175-177 y 182-236.

²²²³ Acerca de esos principios CASAS BAAMONDE, M. E., “Capítulo 14. La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, en *La sociedad anónima Europea. Régimen societario, laboral y fiscal* (Esteban Velasco, G., Del Pozo, L., coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004, pp. 1000-1001; Sobre el sentido de ese principio VADÉS DEL-RE, F., “Capítulo 15. La implicación de los trabajadores en la sociedad europea (Evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, en *La sociedad anónima Europea. Régimen societario, laboral y fiscal* (Esteban Velasco, G., Del Pozo, L., coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004, pp. 1098-1101.

²²²⁴ Artículo 2.h) de la Directiva 2001/86.

²²²⁵ Que no obstante su semejanza, no se interfiere con la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

²²²⁶ Por remisión al artículo 2.h) de la Directiva 2001/86/CE

²²²⁷ CASAS BAAMONDE, M. E., op. cit. (*Capítulo 14. La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)*), p. 1019.

²²²⁸ VALDES DAL-RE, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, RdS núm.29, año 2007-2, pp. 210-211.

²²²⁹ Por remisión al artículo 12, apartados 2, 3 y 4, del Reglamento(CE) no 2157/2001 y al artículo 4 de la Directiva 2001/86/CE.

²²³⁰ VALDES DAL-RE, F., op. cit. (*Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional*), p. 211, que añade, en p. 219, que la Directiva 2001/86 “ha trasladado al ámbito de la SE la arquitectura institucional introducida por la directiva 94/45, estableciendo dos ejes de regulación, que se

relacionan entre sí en sentido no recíproco sino unívoco: el segundo entra en escena fracasado el primero. Tales ejes son la negociación colectiva, (...), y las normas subsidiarias que tienen la condición de normas de segundo grado”

²²³¹ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 154.

²²³² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 138.

²²³³ Artículo 9.2 de la Directiva 2011/35.

²²³⁴ Con ello se modera la problemática derivada de la aplicación de la *lex societatis*, pues como precisa FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 209-211, “en estos supuestos puede plantearse un problema conflictual cuando los distintos sistemas contables implicados en la fusión (...), siguen criterios diferentes para contabilizar la misma operación (...). Hay que descartar que la ley reguladora del sistema de contabilización de la fusión (...) transfronteriza sea libremente pactada por las partes (*lex contractus*) (...). La ley aplicable a la contabilización del traspaso patrimonial será la correspondiente a la *Lex societatis* de la sociedad absorbente (...). Esta ley contable se determinará de acuerdo con las reglas conflictuales generales: será la Ley (contable) del estado de conformidad con cuyo ordenamiento se hubiere constituido la sociedad mercantil que deba reputarse como resultante/beneficiaria”. En definitiva, si la absorbente/beneficiaria de una fusión (...) transfronteriza es la española o la sociedad anónima europea domiciliada en España, deberá registrarse la fusión (...) -es decir deberá contabilizarse en sus cuentas el traspaso patrimonial- con arreglo a lo establecido en la legislación española y con independencia del criterio eventualmente diferente que pudieran seguir otros ordenamientos correspondientes a otras entidades participantes”.

²²³⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 61, precisa que “no todas las fusiones (...) son “combinaciones de negocios”: existen fusiones (...), que a veces se denominan “impropias”, que no resultan en la sujeción de otras u otras entidades independientes al control de una sociedad adquirente. La prevalencia del fondo sobre la forma nos lleva a distinguir entre dos tipos de fusiones (...): las que desde la perspectiva contable constituyen “combinaciones de negocios” y aquellas otras que no pueden calificarse de tales. Las primeras son contablemente “verdaderas” fusiones; las segundas son calificadas como fusión impropia. En este segundo caso de fusiones “impropias” se produce la característica disociación entre dos clasificaciones: la jurídica de un lado; la contable del otro

²²³⁶ Reglamento (CE) No 1606/2002 de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad. Del que conviene destacar que según su Considerando (5): “Es importante, en aras de la competitividad de los mercados de capitales de la Comunidad, lograr la convergencia de las normas utilizadas en Europa para elaborar los estados financieros, con unas normas internacionales de contabilidad que puedan utilizarse para las operaciones transfronterizas o la cotización en cualquier bolsa del mundo”, y que según su artículo 1: “Objetivo. El presente Reglamento tiene como objetivo la adopción y aplicación en la Comunidad de normas internacionales de contabilidad con el fin de armonizar la información financiera facilitada por las sociedades (...) para garantizar un alto grado de transparencia y comparabilidad de los estados financieros y, por ende, un funcionamiento eficiente del mercado de capitales de la Comunidad y del mercado interior”, y según su artículo 2: “Definiciones. A efectos del presente Reglamento, se entenderá por “normas internacionales de contabilidad” las Normas internacionales de contabilidad (NIC), las Normas internacionales de información Financiera (NIIF) y las interpretaciones correspondientes (interpretaciones del SIC/interpretaciones del IFRIC), las modificaciones ulteriores de dichas normas y de las interpretaciones correspondientes, así como las futuras normas y las interpretaciones correspondientes que pueda elaborar o aprobar el Consejo de normas internacionales de contabilidad (CNIC)”.

²²³⁷ Apartados 4 y 5.

²²³⁸ Norma de Registro y Valoración 19ª “Combinaciones de negocios”, del Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC).

²²³⁹ Apartados 10, 11 y 12.

²²⁴⁰ Siguiendo la cabal adaptación efectuada por el apartado 2.4.a.1 y 2 de la Norma de Registro y Valoración 19ª “Combinaciones de negocios”, del Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC).

²²⁴¹ Conforme a la precisa adaptación efectuada por el apartado 2.4.c) de la Norma de Registro y Valoración 19ª “Combinaciones de negocios”, del Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC).

²²⁴² Apartado “Reconocimiento y valoración del fondo de comercio o una ganancia procedente de una compra en condiciones muy ventajosas”, punto 32.

²²⁴³ “Ocasionalmente, una adquirente realizará una compra en condiciones muy ventajosas, lo que es una combinación de negocios en la que el importe del párrafo 32(b) excede la suma de los importes especificados en el párrafo 32(a). Si ese exceso se mantiene después de aplicar los requerimientos del párrafo 36, la adquirente reconocerá la ganancia resultante como resultados en la fecha de adquisición. La ganancia deberá atribuirse al adquirente”, afirma la NIIF 3 en su apartado “Reconocimiento y valoración del fondo de comercio o una ganancia procedente de una compra en condiciones muy ventajosas”, puntos 34-36.

²²⁴⁴ Apartado 2.5 de la Norma de Registro y Valoración 19ª “Combinaciones de negocios”, del Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC).

²²⁴⁵ Advirtiéndose que la NIC 12, Impuesto sobre las ganancias, se aplicará a las diferencias temporarias que surjan como consecuencia de la eliminación de las ganancias y pérdidas derivadas de las transacciones intragrupo.

²²⁴⁶ Apartados B86 y B88 del Apéndice B, Guía de aplicación, de la NIIF 10.

²²⁴⁷ En la que no se abunda, ni se adjunta dada su extensión, dándose por reproducida

²²⁴⁸ Norma de Registro y Valoración 21ª, Operaciones entre empresas del grupo, del Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC).

²²⁴⁹ El Informe de la Comisión creada para la elaboración de Normas de Contabilidad aplicables a Fusiones y Escisiones, mediante el que se aprueba el “Borrador de Normas de Contabilidad Aplicables a Fusiones y Escisiones de Sociedades”, publicado por el ICAC, en el BOICAC núm. 14, Capítulo 4, Sección 2ª, artículo 21l. en aquel borrador se entendía, según su artículo 20, que eran “sociedades vinculadas” a efectos de su aplicación aquellas entre las que exista una relación de dominio, directa o indirecta, de las previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio o aquellas que estén dominadas, directa o indirectamente, por una misma entidad o persona física o conjunto de ellas que actúen de forma coordinada. El contenido de aquel Borrador se puede considerar complementario de las normas especiales contenidas en la Norma de Registro y Valoración 21ª, Operaciones entre empresas del grupo, del Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC). Señala el precitado borrador que los supuestos de “sociedades vinculadas” la evaluación del patrimonio activo y pasivo transferido a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza habrá de tener en cuenta lo siguiente: a) Los elementos patrimoniales de las sociedades vinculadas se valorarán de acuerdo con los criterios que se derivan de las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas; b) Cuando existan socios externos, los elementos patrimoniales, por la parte proporcional que le correspondiese a dichos socios, se valorarán de acuerdo con los valores contables que tuvieran en las sociedades fusionadas antes de la fusión. El mismo criterio establecido para las participaciones de los socios externos se aplicará a la parte proporcional de los elementos patrimoniales de la sociedad vinculada que corresponda a participaciones en su capital no poseídas por las sociedades que se fusionan. En todo caso, será aplicable lo establecido para las cuentas consolidadas sobre eliminación de activos, pasivos y provisiones recíprocos, y sobre eliminación de acciones y otras participaciones en el capital de sociedades extinguidas; c) Cuando entre las sociedades fusionadas pertenecientes a un grupo no exista una participación directa en el capital, se aplicarán las reglas de valoración generales aplicables a las fusiones; d) Las sociedades vinculadas entre sí se considerarán como una sola a efectos de la aplicación de las reglas de fusiones.

²²⁵⁰ Esto es, la Norma de Registro y Valoración 19ª, “Combinaciones de negocios”, del Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC).

²²⁵¹ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 154.

²²⁵² Artículo 31.1.5º de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

²²⁵³ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 154.

²²⁵⁴ Según el artículo 39.1.4º y 5º, de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, “antes de la publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios que hayan de resolver sobre la fusión o de la comunicación individual de ese anuncio a los socios, los administradores

deberán insertar en la página web de la sociedad, con posibilidad de descargarlos e imprimirlos o, si no tuviera página web, poner a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y de los representantes de los trabajadores, en el domicilio social, los siguientes documentos: (...) 4.º Las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, así como los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles; 5.º El balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado, si fuera exigible, del informe de auditoría o, en el caso de fusión de sociedades cotizadas, el informe financiero semestral por el que el balance se hubiera sustituido.. Las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, así como los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles”.

²²⁵⁵ Comentario Oficial, apartado 3, segundo y último párrafos “*although chapter 11 imposes virtually no restrictions or limitations on the terms or conditions of a merger, section 11.02(c) requires that the terms and conditions be set forth in the plan of merger*”, y “*the list in section 11.02(c) of required provisions in a plan of merger is not exhaustive and the plan may include any other provisions that may be desired*”

²²⁵⁶ Sección 251(b).(6) de la Delaware GCL que indica “*such other details or provisions as are deemed desirable, including, without limiting the generality of the foregoing, a provision for the payment of cash in lieu of the issuance or recognition of fractional shares, interests or rights, or for any other arrangement with respect thereto*”.

²²⁵⁷ EL NY Code, señala en su Sección 902 “*the board of each corporation proposing to participate in a merger or consolidation under section 901 (Power of merger or consolidation) shall adopt a plan of merger or consolidation, setting forth (...) (5) Such other provisions with respect to the proposed merger or consolidation as the board considers necessary or desirable*”. El California Corporations Code, Chapter 11. Merger, sección 1101, previene que “the agreement shall state all of the following: (...) (e) Other details or provisions as are desired, if any, including, without limitation, a provision for the payment of cash in lieu of fractional shares or for any other arrangement with respect thereto consistent with the provisions of Section 407”; Hawaii Business Corporation Act, sección 414-311. (c) A plan of merger may set forth other provisions relating to the merger”; Illinois Compiled Statutes, Business Organizations (805 ILCS 5) Business Corporation Act of 1983. artículo 11, Merger and Consolidation, indica que el plan de fusión puede contener: “(...) (e) Such other provisions with respect to the proposed merger or consolidation as are deemed necessary or desirable, including provisions, if any, under which the proposed merger or consolidation may be abandoned prior to the filing of articles of merger or consolidation by the Secretary of State”; Kansas Statute. Article 67. Merge and consolidation, sección 7-6702, establece que el plan de fusión puede contener : “ (4) such other details or provisions as are deemed desirable, including, without limiting the generality of the foregoing, a provision for the payment of cash in lieu of the issuance or recognition of fractional shares of the surviving or resulting corporation or of any other corporation the securities of which are to be received in the merger or consolidation, or for some other arrangement with respect thereto consistent with the provisions of K.S.A. 17-6405, and amendments thereto”; Massachusetts General Laws, Title XXII Corporations Chapter, Business Corporations, Section 11.02, Merger, determina que el plan de fusión puede incluir: “(2) other provisions relating to the merger”; Michigan Compiled Laws, Business Corporations Act, Chapter 7, Sección 701, precisa que el plan de fusion puede contener: Nebraska Revised Statute, Chapter 21, sección 2,162. Merger se, (5), señala que el plan de fusion, puede contener: “(e) Other provisions with respect to the proposed merger as the board considers necessary or desirable”; Wisconsin Statutes ,Chapter 180, Business Corporations, sección 180.1101, Merger, (3), establece que el plan de fusion puede contener: “. (b)Other provisions relating to the merger”; Revised Code of Washington (RCW),Title 23B RCW, Washington Business Corporation Act, sección 11.010, Merger, 3 (b) : “Other provisions relating to the merger”.

²²⁵⁸ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 467.

²²⁵⁹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 468; La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de junio de 2007 tras precisar que “el iter que ha de seguirse para la culminación de la fusión se inicia con su preparación mediante la redacción y suscripción por los administradores de las sociedades que participan en la misma de un proyecto de fusión, y, tras el cumplimiento de determinadas exigencias, se produce el acuerdo de fusión, debiéndose abstener los administradores, desde la suscripción del proyecto, de realizar cualquier clase de acto o de concluir cualquier contrato que pudiera comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la relación de canje de las acciones”, concluye que o puede admitirse “que, a virtud de la suscripción del proyecto de fusión, sus administradores carecieran de facultad de llevar a cabo dicha cesión, pues la prohibición que contiene el art 234-2 L.S.A se ciñe exclusivamente a aquellos actos o contratos que pueden comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la relación de canje de las acciones, no pudiendo ampliar esas concretas restricciones a cualquier acto de gestión o administración, favorable para la empresa, pues ello comportaría la completa desaparición de su capacidad de obrar cosa que la Ley no contempla”.

²²⁶⁰ La Sección 11.02.(c).(5).(e), señala *“the plan of merger may also include a provision that the plan may be amended prior to filing articles of merger”*.

²²⁶¹ RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *“La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública”*, discurso leído el día 22 de abril de 1996 en la recepción pública, RAJL, Madrid 1996, p. 94, respecto del documento en el derecho justiniano, que “el primero de estos requisitos, común a todos los documentos, es el de la suscripción del documento por las partes, lo que supone su confirmación; así se establece para los documentos privados, y se extiende a los documentos públicos confecta, terminando por consolidar en los documentos romanos la necesidad de la firma”.

²²⁶² Lo mismo que acontece con la firma del acta del Consejo de administración, como precisa SALELLES, J. R., *“Artículo 250. Acta del consejo de administración”*, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II., Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 1808, donde precisa que “con la firma hacen suyo (el presidente y el secretario) el contenido, asumiendo un responsabilidad específica por la veracidad de la redacción y aprobación”; SÁNCHEZ CALERO, F, op. cit. (*Los administradores en las sociedades de capital*), pp. 631-632, precisa que “el Presidente firma el acto “con el “visto bueno”. Es decir, su firma tiene un alcance diverso de la del Secretario, en cuanto que el Presidente no redacta el acta, pero por medio de su visto bueno confirma que ha sido extendida y firmada por la persona autorizada (el Secretario del consejo o quien actuó como tal en la sesión), la cual en su redacción se ha ajustado a lo previsto en la ley, en cuanto que ha cumplido su obligación de redactar el acta de la sesión en la forma establecida por el RRM y ha sido aprobada en la forma que en ella se dice”.

²²⁶³ Así sucede con la firma del Acta de la Junta general, como precisa CASTELLANO, M. J., *“Artículo 202. Acta de la junta”*, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II., Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 1425, “la firma del acta es algo más que un mero acto formal. La firma tiene como principal finalidad dar autenticidad al acta y de (no pública) de que su contenido corresponde a la realidad de los acontecidos en la junta, tanto en cuanto al contenido de los acuerdos adoptados, como al resultado de las votaciones y, en general, respecto de todas las circunstancias mencionadas en el acta, así como del hecho de su aprobación”.

²²⁶⁴ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 467.

²²⁶⁵ La Sección 11.02.(c).(4) señala *“the articles of incorporation of any domestic or foreign business (...) corporation or the organic documents of any domestic or foreign unincorporated entity, to be created by the merger, or if a new domestic or foreign business (...) corporation is not to be created by the merger, any amendments to the survivor’s articles of incorporation or organic documents”*.

²²⁶⁶ Comentario Oficial a la Sección 11.02, punto 3, apartado tercero *“Section 11.02(c)(4) provides that a plan of merger must set forth the articles of incorporation of any corporation, and the organizational documents of any other entity, to be created by the merger, or if a new corporation or other entity is not to be created by the merger, any amendments to the survivor’s articles of incorporation or organizational documents. If a domestic corporation is merged into an existing domestic or foreign corporation or other entity, section 11.02(c) does not require that the survivor’s articles of incorporation or organizational documents be included in the plan of merger. However, if approval of the plan of merger by the shareholders of a domestic corporation to be merged into another party to the merger is required under section 11.04, section 11.04(d) requires that the shareholders be furnished with a copy or summary of those articles of incorporation or organizational documents in connection with voting on approval of the merger”*.

²²⁶⁷ La Sección 902 (NY Code- Plan of merger or consolidation); *“(4) In case of merger, a statement of any amendments or changes in the certificate of incorporation of the surviving corporation to be effected by such merger; in case of consolidation, all statements required to be included in a certificate of incorporation for a corporation formed under this chapter”*. En el mismo sentido, entre otras, las siguientes. Idaho Statutes, Title 30 Corporations, Chapter 1 General Business Corporations, Part 11. Merger and share exchange, sección 30-1-1102, d), establece : *“The articles of incorporation of any domestic or foreign business or nonprofit corporation, or the organic documents of any domestic or foreign unincorporated entity, to be created by the merger, or if a new domestic or foreign business or nonprofit corporation or unincorporated entity is not to be created by the merger, any amendments to the survivor’s articles of incorporation or organic documents”*; Louisiana Laws Revised Statutes, sección 1-1102, Merger. 4) : *“The articles of incorporation of any domestic or foreign business or nonprofit corporation, or the organic documents of any domestic or foreign unincorporated entity, to be created by the merger, or if a new domestic or foreign business or nonprofit corporation or unincorporated entity is not to be created by the merger, any amendments to the survivor’s articles of incorporation or organic documents”*; Massachusetts General Laws, Title XXII Corporations, Chapter 156D Business Corporations, Section 11.02, Merger, 4): *“the articles of organization of any corporation, or the organizational documents of any other entity, to be created by the merger, or if a new corporation or other entity is not to be created by the merger, any amendments to the survivor’s articles of organization or organizational documents”*; Nebraska Revised Statute, Chapter 21, Merger, sección 11.02, (4): *“The articles of*

incorporation of any domestic or foreign business (...) or, if a new domestic or foreign business (...) is not to be created by the merger, any amendments to the survivor's articles of incorporation or organic documents"; Wyoming Statutes, Title 17, Chapter 1, Business Corporations, sección 1102, Merger (iv): "The articles of incorporation of any domestic or foreign business (...) to be created by the merger, or if a new domestic or foreign business (...) is not to be created by the merger, any amendments to the survivor's articles of incorporation";

²²⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*), v. I), p.45.

²²⁶⁹ En otro sentido de manifiestan GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 299, según los cuales, "podría plantearse si las menciones o esenciales que sean requeridas sólo por alguna d las legislaciones, solo debe constar en el proyecto puesto a disposición de los socios de la compañía en cuestión, por tratarse de una materia en la que rige la ley personal d cada sociedad. Pensamos que esto es posible, pero siempre que quede claro que el proyecto es único: lo que puede variar es que la publicidad del mismo sea o no de la totalidad".

²²⁷⁰ El Código das Sociedades Comerciais, en su artículo 113, "Condição ou termo", establece: "Se a eficácia da fusão estiver sujeita a condição ou termo suspensivos e ocorreram, antes da verificação destes, mudanças relevantes nos elementos de facto em que as deliberações se basearam, pode a assembleia de qualquer das sociedades deliberar que seja requerida a resolução ou a modificação do contrato, ficando a eficácia deste diferida até ao trânsito em julgado da decisão a proferir no proceso".

²²⁷¹ Comentario Oficial a la sección 11.04, punto 2, apartado segundo que indica "terms of a plan of merger may be made dependent on facts objectively ascertainable outside the plan", asimismo en su sección 11.04, en relación con las fusiones domésticas, establece que: "(c) The board of directors may condition its submission of the plan of merger or share exchange to the shareholders on any basis", lo cual se interpreta en el sentido de que "Section 11.04(c) permits the board of directors to condition its submission of a plan of merger or share exchange on any basis. Among the conditions that a board might impose are that the plan will not be deemed approved (i) unless it is approved by a specified vote of the shareholders, or by one or more specified classes or series of shares, voting as a separate voting group, or by a specified percentage of disinterested shareholders or (ii) if shareholders holding more than a specified fraction of the outstanding shares assert appraisal rights. The board of directors is not limited to conditions of these types".

²²⁷² La sección 251 Delaware GCL "any of the terms of the agreement of merger or consolidation may be made dependent upon facts ascertainable outside of such agreement, provided that the manner in which such facts shall operate upon the terms of the agreement is clearly and expressly set forth in the agreement of merger or consolidation. The term "facts," as used in the preceding sentence, includes, but is not limited to, the occurrence of any event, including a determination or action by any person or body, including the corporation". En el mismo sentido, Idaho Statutes, Title 30 Corporations, Chapter 1 General Business Corporations, Part 11. Merger and shares exchange, sección 30-1-1102: "(4) Terms of a plan of merger may be made dependent upon facts objectively ascertainable outside the plan in accordance with section 30-1-120(11), Idaho Code"; Kansas Statute. Article 67. Merger and consolidation, sección 7-6702, establece: "Any of the terms of the agreement of merger or consolidation may be made dependent upon facts ascertainable outside of such agreement, provided that the manner in which such facts shall operate upon the terms of the agreement is clearly and expressly set forth in the agreement of merger or consolidation. The term "facts," as used in the preceding sentence, includes, but is not limited to, the occurrence of any event, including a determination or action by any person or body, including the corporation"; Louisiana Law. Revised Statutes, sección 1-1102, Merger. 5, establece que el plan de fusion puede establecer: "D. Terms of a plan of merger may be made dependent on facts objectively ascertainable outside the plan in accordance with R.S. 12:1-120(L)"; Michigan Compiled Laws, Business Corporations Act, Chapter 7, Sección 701, precise: "(b) The board may condition its submission of the proposed merger or share exchange on any basis"; Nebraska Revised Statute, Chapter 21, sección 2,162. Merger se, (5), señala que el plan de fusion, puede contener: "(e) Terms of a plan of merger may be made dependent on facts objectively ascertainable outside the plan in accordance with subsection (k) of section 21-203"; Wyoming Statutes, Title 17, Chapter 1. Business Corporations, sección 17-16-1102, Merger, indica que "(d) The terms of the plan of merger may be made dependent on facts objectively ascertainable outside the plan".

²²⁷³ Según la noción de conción que indica DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*),v. II), pp. 303-304.

²²⁷⁴ Artículo 9.2 de la Directiva 2005/56.

²²⁷⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de junio de 2007, según la cual "el acuerdo de fusión se encontraba supeditado al cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas, las cuales, cumplidas posteriormente, motivaron el acuerdo de fecha 17 de Mayo de 1.994 en el que se hacía constar su cumplimiento y el correspondiente otorgamiento de escritura pública de fusión el día 21 de Mayo de ese año y subsiguiente inscripción en el Registro Mercantil. Ello quiere decir, de conformidad con lo previsto en los artículos 1.113 y 1.114 del Código Civil, que la adquisición del derecho -en este caso, la eficacia de la operación proyectada- depende de que se verifique o tenga lugar el acontecimiento constitutivo de la condición impuesta, que, una

vez acaecido, determina que la obligación adquiera plena eficacia, incluso de modo retroactivo, salvo pacto en contrario”.

²²⁷⁶ Según el artículo 4.1 del Reglamento 139/2004, “1 (...) deberán notificarse a la Comisión antes de su ejecución en cuanto se haya concluido el acuerdo” (...)2. Las concentraciones que consistan en una fusión en el sentido de la letra a) del apartado 1 del artículo 3 o en la adquisición de un control conjunto en el sentido de la letra b) del apartado 1 del artículo 3 deberán ser notificadas conjuntamente por las partes intervinientes en la fusión”; Los pormenores de la comunicación se desarrollan especialmente en los Anexos del Reglamento de Ejecución (UE) n° 1269/2013 de la Comisión, de 5 de diciembre de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.

²²⁷⁷ Según la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, artículo 9: “1. Las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo anterior deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución. (...)4. Están obligados a notificar: a) Conjuntamente las partes que intervengan en una fusión”.

²²⁷⁸ “Si comprueba que la concentración notificada, pese a entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento, no plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, decidirá no oponerse a la misma y la declarará compatible con el mercado común. Se entenderá que una decisión mediante la cual se declare la compatibilidad de una concentración con el mercado común cubre las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin”

²²⁷⁹ Máxime si se tiene en cuenta que la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, publicada DOUE Serie C, de 16 de abril de 2008, apartado VII. Cambios en las transacciones con posterioridad a una decisión de autorización de la Comisión, punto 122, considera significativa la modificación siguiente: “si, antes de ejecutar la concentración autorizada, la estructura de la transacción pasa de una adquisición de control, que entra en el ámbito del artículo 3, apartado 1, letra b), a una fusión contemplada en el artículo 3, apartado 1, letra a), o viceversa”, en cuyo caso “el cambio en la estructura de la transacción se considera una concentración distinta con arreglo al Reglamento de concentraciones y es necesaria una nueva notificación.

²²⁸⁰ Según la Umwandlungsgesetz (UmwG), § 7 Kündigung des Verschmelzungsvertrags :Ist der Verschmelzungsvertrag unter einer Bedingung geschlossen worden und ist diese binnen fünf Jahren nach Abschluß des Vertrags nicht eingetreten, so kann jeder Teil den Vertrag nach fünf Jahren mit halbjähriger Frist kündigen; im Verschmelzungsvertrag kann eine kürzere Zeit als fünf Jahre vereinbart werden. Die Kündigung kann stets nur für den Schluß des Geschäftsjahres des Rechtsträgers, dem gegenüber sie erklärt wird, ausgesprochen werden”; Indica el artículo 30.3 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles lo siguiente: “3. El proyecto de fusión quedará sin efecto si no hubiera sido aprobado por las juntas de socios de todas las sociedades que participen en la fusión dentro de los seis meses siguientes a su fecha.

²²⁸¹ El Código das Sociedades Comerciais, establece en su artículo 113, “Condição ou termo”, establece lo siguiente: “Se a eficácia da fusão estiver sujeita a condição ou termo suspensivos e ocorreram, antes da verificação destes, mudanças relevantes nos elementos de facto em que as deliberações se basearam, pode a assembleia de qualquer das sociedades deliberar que seja requerida a resolução ou a modificação do contrato, ficando a eficácia deste diferida até ao trânsito em julgado da decisão a proferir no processo”.

²²⁸² LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 481.

²²⁸³ La Sección 11.02.(c).(5).(e) señala “*the plan of merger may also include a provision that the plan may be amended prior to filing articles of merger, but if the shareholders of a domestic corporation that is a party to the merger are required or permitted to vote on the plan, the plan must provide that subsequent to approval of the plan by such shareholders the plan may not be amended to change: (1) the amount or kind of shares or other securities, eligible interests, obligations, rights to acquire shares, other securities or eligible interests, cash, or other property to be received under the plan by the shareholders of or owners of eligible interests in any party to the merger; (2) the articles of incorporation of any corporation, (...), that will survive or be created as a result of the merger, except for changes permitted by section 10.05 or (...) of any such foreign corporation (...); or (3) any of the other terms or conditions of the plan if the change would adversely affect such shareholders in any material respect*”. En el mismo sentido, Idaho Statutes, Title 30 Corporations, Chapter 1 General Business Corporations, Part 11. Merger and shares exchange, sección 30-1-1102: “(5) *The plan of merger may also include a provision that the plan may be amended prior to filing articles of merger*”; Louisiana Law. Revised Statutes, sección 1-1102, Merger. 5, indica: “E. *The plan of merger may also include a provision that the plan may be amended prior to filing articles of merger*”; Nebraska Revised Statute, Chapter 21, sección 2,162. Merger, (5), establece: “(f) *The plan of merger may also include a*

provision that the plan may be amended prior to filing articles of merger”; Wyoming Statutes, Title 17, Chapter 1. Business Corporations, sección 17-16-1102, Merger, indica que “(e) *The plan of merger may also include a provision that the plan may be amended prior to filing articles of merger*”.

²²⁸⁴ Depósito y comunicación que se establece en los artículos 6 de la Directiva 2005/56, artículo 6 de la Directiva 2011/35, artículo 32.1 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y artículo 226 RRM.

²²⁸⁵ Art. 2502. Del Código Civil italiano: “Decisione in ordine alla fusione. La fusione e' decisa da ciascuna delle società che vi partecipano mediante approvazione del relativo progetto. Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, tale approvazione avviene, nelle società di persone, con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili, salva la facoltà di recesso per il socio che non abbia consentito alla fusione e, nelle società di capitali, secondo le norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto. La decisione di fusione può apportare al progetto di cui all'articolo 2501-ter solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi; Articolo 102 del Código de las Sociedades Portuguesas: “Reunião da assembleia. 1 - Reunida a assembleia, a administração começará por declarar expressamente se desde a elaboração do projecto de fusão houve mudança relevante nos elementos de facto em que ele se baseou e, no caso afirmativo, quais as modificações do projecto que se tornam necessárias. 2 - Tendo havido mudança relevante, nos termos do número anterior, a assembleia delibera se o processo de fusão deve ser renovado ou se prossegue na apreciação da proposta. 3 - A proposta apresentada às várias assembleias deve ser rigorosamente idêntica; qualquer modificação introduzida pela assembleia considera-se rejeição da proposta, sem prejuízo da renovação desta. 4 - Qualquer sócio pode, na assembleia, exigir as informações sobre as sociedades participantes que forem indispensáveis para se esclarecer acerca da proposta de fusão. 5 - Os órgãos de administração das sociedades participantes prestam informações, reciprocamente, antes da data da respectiva assembleia geral, acerca de qualquer mudança relevante nos elementos de facto em que se baseou o projecto de fusão”.

²²⁸⁶ Según el artículo 9. 3 de la Directiva 2005/56, establece que “el ordenamiento jurídico de los Estados miembros no deberá exigir la aprobación de la fusión por la junta general de la sociedad absorbente si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 8 de la Directiva 78/855/CEE. (ahora Directiva 2011/35)”; “A merger must be adopted and approved as set forth in sections 11.04 and 11.05” afirma el Comentario Oficial a la sección 11.02, apartado 5; según la sección 11.04 (b): “Except as provided in subsection (g) and in section 11.05, after adopting the plan of merger or share exchange the board of directors must submit the plan to the shareholders for their approval”, esto es “thereafter, the board must submit the plan to the shareholders for their approval, unless the conditions stated in section 11.04(g) or section 11.05 are satisfied” indica el Comentario Oficial a la sección 11.04, apartado 1..

²²⁸⁷ Comentario Oficial a la sección 11.02, punto 2, apartado segundo que señala que ““although chapter 11 imposes virtually no restrictions or limitations on the terms or conditions of a merger, section 11.02(c) requires that the terms and conditions be set forth in the plan of merger. The present Act clarifies that the plan of merger need not be set forth in the articles of merger that are to be delivered to the secretary of state for filing after the merger has been adopted and approved”.

²²⁸⁸ Siguiendo el razonable criterio del artículo 40 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles; “La fusión requerirá al menos la aprobación de la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen (...) La decisión se referirá a la aprobación del proyecto de fusión y, en su caso, a las modificaciones de los estatutos que necesite su realización”, artículo 7.1 y 3 de la Directiva 2011/35.

²²⁸⁹ Aplicado los criterios generales sobre modificaciones estatutarias, así QUIJANO, J., “Artículo 287. Convocatoria de la junta” y “Artículo 288. Acuerdo de modificación”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 2121 y 2125, respectivamente; SÁNCHEZ CALERO, F., op. cit. (*La Junta General en las sociedades de capital*), p. 48.

²²⁹⁰ “Cabe que se produzcan cambios en el proyecto de fusión, pero no unilateralmente por una de las juntas de socios sino de común acuerdo y aceptados por todas las sociedades implicadas. Lo relevante es que se alcance una convergencia de contenido entre los diversos acuerdos”, precisa LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 482.

²²⁹¹ La Sección 11.02.(e) MBCA señala “the plan of merger may also include a provision that the plan may be amended prior to filing articles of merger”, apostilla lo siguiente: “but if the shareholders of a domestic corporation that is a party to the merger are required or permitted to vote on the plan, the plan must provide that subsequent to approval of the plan by such shareholders the plan may not be amended to change: (1) the amount or kind of shares or other securities, eligible interests, obligations, rights to acquire shares, other

securities or eligible interests, cash, or other property to be received under the plan by the shareholders of or owners of eligible interests in any party to the merger; (2) the articles of incorporation of any corporation, (...), that will survive or be created as a result of the merger, except for changes permitted by section 10.05 or by comparable provisions of the organic laws of any such foreign corporation (...); or (3) any of the other terms or conditions of the plan if the change would adversely affect such shareholders in any material respect”.

²²⁹² Así se previene los spuestos de Domestication (Model Business Corporation Act, sección 9.20, Domestication: “A foreign business corporation may become a domestic business corporation only if the domestication is permitted by the organic law of the foreign corporation. (b) A domestic business corporation may become a foreign business corporation if the domestication is permitted by the laws of the foreign”, “domestication shall be approved by the adoption by the corporation of a plan of domestication”, Sección 9.25 “Abandonment of a Domestication), Entity Conversion (Model Business Corporation Act, sección 9.51 Plan of Entity Conversion “plan of entity conversion”, sección 9.56 Abandonment of an Entity Conversion), Share Exchange (Model Business Corporation Act, sección 11.03 Share Exchange (c) “plan of share exchange”, sección 11.04 Action on a Plan of Merger or Share Exchange, The plan of share exchange “must be adopted by the board of directors”, sección 11.08 Abandonment of a Merger or Share Exchange).

²²⁹³ La Sección 11.08 MBCA indica “(a) Unless otherwise provided in a plan of merger (...) or in the laws under which a foreign business corporation (...), after the plan has been adopted and approved as required by this chapter, and at any time before the merger (...) has become effective, it may be abandoned by a domestic business corporation that is a party thereto without action by its shareholders, in accordance with any procedures set forth in the plan of merger (...), if no such procedures are set forth in the plan, in the manner determined by the board of directors, subject to any contractual rights of other parties to the merger (...). (b) If a merger or share exchange is abandoned under subsection (a) after articles of merger (...) have been filed with the secretary of state but before the merger (...) has become effective, a statement that the merger (...) has been abandoned in accordance with this section, executed on behalf of a party to the merger (...) by an officer or other duly authorized representative, shall be delivered to the secretary of state for filing prior to the effective date of the merger (...). Upon filing, the statement shall take effect and the merger (...) shall be deemed abandoned and shall not become effective”.

²²⁹⁴ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p.483; GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 200.

²²⁹⁵ California Corporations Code, sección 1105: “The board may, in its discretion, abandon a merger, subject to the contractual rights, if any, of third parties, including other constituent corporations, without further approval by the outstanding shares (Section 152), at any time before the merger is effective”.

²²⁹⁶ Como precisa la propia Model Business Corporation Act en su sección 11.08 (a) in fine. Asimismo en el California Corporations Code, sección 1105. En el mismo sentido precisa Wyoming Statutes, title 17, chapter 1, sección 17-16-1108.: “(a) Unless otherwise provided in a plan of merger or share exchange or in the laws under which a foreign business corporation or a domestic or foreign eligible entity that is a party to a merger or a share exchange is organized or by which it is governed, after the plan has been adopted and approved as required by this chapter, and at any time before the merger or share exchange has become effective, it may be abandoned by a domestic business corporation that is a party thereto without action by its shareholders in accordance with any procedures set forth in the plan of merger or share exchange or, if no such procedures are set forth in the plan, in the manner determined by the board of directors, subject to any contractual rights of other parties to the merger or share exchange”.

²²⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*), v. II), pp.603-607

²²⁹⁸ TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Fusiones y OPAS transfronterizas*), p. 143.

²²⁹⁹ Según noticias publicadas en prensa, a mediados de febrero, CaixaBank lanzó una oferta pública de adquisición (OPA) para hacerse con la totalidad del Banco Portugués de Investimento (BPI), el cuarto banco de Portugal por volumen de negocio, del que era el principal accionista, con un 44,1% de su capital, ofreciendo abonar en metálico 1,329 euros por acción, condicionando su oferta a obtener al menos el 50% de las acciones del banco luso y a que se eliminase la limitación del 20% de los derechos de votos de un accionista. Tras el anuncio de CaixaBank, el supervisor portugués Comissao do Mercado de Valores Mobiliarios portugués (CNMV portuguesa) suspendió la cotización de BPI. Efectuada con posterioridad propuesta de fusión entre Banco Portugués de Investimento (BPI) y Banco Comercial Português (BCP o Millennium BCP), la propuesta de fusión había “disparado” la cotización en bolsa del Banco Portugués de Investimento (BPI) por encima del precio ofrecido en la OPA lanzada por CaixaBank, lo que llevó al Comissao do Mercado de Valores Mobiliarios portugués (CNMV portuguesa) a suspender la cotización de

ambas. La posible integración de los dos bancos, determinó que las acciones de las dos entidades se hubiesen “agitado” en la Bolsa de Lisboa con subidas superiores al 8%. Banco Comercial Português (BCP o Millennium BCP), con una capitalización próxima a los 4.500 millones de euros, ha llegado a superar hoy los 0,09 euros por acción, mientras que Português de Investimento (BPI), con un valor en Bolsa cercano a los 2.000 millones de euros, rozó los 1,5 euros por acción, superando el precio ofrecido por CaixaBank (el precio ofrecido en la OPA de CaixaBank, era de 1,329 euros por acción). En definitiva la toma de control de Banco Português de Investimento (BPI) por parte de CaixaBank, que ya tenía el 44% de la entidad portuguesa, dio un giro inesperado, con la oposición de su segunda accionista a esa operación y la propuesta de una fusión con Banco Comercial Português (BCP o Millennium BCP), bien recibida por esta última entidad. Una vez que el regulador luso levantó la suspensión de cotización a ambas entidades, el primero de los bancos portugueses concluyó la sesión con un alza del 9% hasta los 1,48 euros mientras que el segundo de los bancos portugueses no tras fuertes subidas y finalizó con una subida del 2,4%. CaixaBank mantuvo que el precio de su oferta por el Banco Português de Inversiones (BPI) era adecuado y que su proyecto resultaba beneficioso para la entidad y sus accionistas, por lo que decidió continuar con la OPA hasta su finalización, tras el informe hecho público por el consejo de administración del Banco Português de Inversiones (BPI), que rechazó la oferta del banco catalán, de 1,329 euros por título, al considerarla baja, y tras conocer que la segunda mayor accionista de aquel Banco portugués, proponía como alternativa una eventual fusión con el Banco Comercial Português (BCP).

²³⁰⁰ TAPIA HERMIDA, A. J., op. cit. (*Fusiones y OPAS transfronterizas*), p. 165.

²³⁰¹ Aquella directiva obedece a la exigencia de que “coordinar, haciéndolas equivalentes en toda la Comunidad, determinadas garantías que los Estados miembros exigen a las sociedades sujetas al Derecho de un Estado miembro y cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de un Estado miembro, a fin de proteger los intereses tanto de los socios como de terceros”, Considerando (1) de la Directiva 2004/25.

²³⁰² “Que se pretenda alcanzar una participación igual o superior al 5 % del capital de la sociedad afectada o la que, sin llegar al porcentaje señalado, permita designar un número de consejeros que, unidos, en su caso, a los que ya se hayan designado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad afectada” y “que se tenga la intención de designar al número de consejeros señalado en el párrafo anterior”; Sobre el régimen anterior FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., op. cit. (*Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades*), pp. 243 ss., que precisa, en p. 255, la adquisición de la participación significativa es fruto por consiguiente sólo del caje y froma parte de la fusión in re ipsa. De no entenderlo así carecería rotundamente de sentido la legirimidad de las operaciones de fusión por absorción. Y constituiría además una mala técnica legislativa mantener por un lado abierto el acceso a éstas últimas para, por otro lado subordinarlas con carácter general, más allá de los supuestos específicos dd el artículo 3.1, a la disciplina contenida en el artículo 11.1 RD 1179/1991 siempre que, de forma no intencionada, sino sobrevenida, el mayoritario de la absorbida adquiera un participación signifcativa de la absorbente”.

²³⁰³ “En puridad, el depósito del proyecto de fusión en el Registro Mercantil es el acto de apertura del procedimiento de fusión”, afirma LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 469.

²³⁰⁴ El texto original de la Ley la limitaba a las fusiones en que no participasen sociedades anónimas o comanditarias por acciones. Decía lo siguiente:” artículo 42. Acuerdo unánime de fusión. Cuando las sociedades participantes o la sociedad resultante de la fusión no sean anónimas o comanditarias por acciones y el acuerdo de fusión hubiera sido adoptado en junta de socios con la asistencia o representación de todos ellos y por unanimidad, no serán aplicables las normas generales que sobre el proyecto y el balance de fusión se establecen en las Secciones segunda y tercera de este Capítulo. Tampoco se aplicarán las normas relativas a la información sobre la fusión previstas en el artículo 39 ni las relativas a la adopción del acuerdo de fusión, a la publicación de la convocatoria de la junta y a la comunicación, en su caso, a los socios del proyecto de fusión previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 40”. Aquella redacción fue modificada por el art. 2.6 del Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, publicada el 17/03/2012, y en vigor a partir del 18 de marzo de 2012. L aredacción inicial planteaba importes dudas y un aguda problemática, que puede verse en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Capítulo 12. La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación de acuerdo de fusión”, en en Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, t I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2009, pp. 572-581.

²³⁰⁵ Una página web, es una unidad informativa o página electrónica, cyber-página, adaptada y accesible desde un mismo dominio o subdominio de la World Wide Web (WWW, sistema lógico de acceso y búsqueda de la información disponible en Internet).

²³⁰⁶ Considerando 6.

2307 Considerando 7

2308 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, Título I, Disposiciones generales. Capítulo II, Denominación, nacionalidad y domicilio. Sección 4.ª, Página web; artículo 11 bis. Página web de la sociedad. 1. Las sociedades de capital podrán tener una página web corporativa. Esta página será obligatoria para las sociedades cotizadas. 2. La creación de una página web corporativa deberá acordarse por la junta general de la sociedad. En la convocatoria de la junta, la creación de la página web deberá figurar expresamente en el orden del día de la reunión. Salvo disposición estatutaria en contrario, la modificación, el traslado o la supresión de la página web de la sociedad será competencia del órgano de administración. 3. El acuerdo de creación de la página web se hará constar en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil competente y será publicado en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”. El acuerdo de modificación, de traslado o de supresión de la página web se hará constar en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil competente y será publicado en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”, así como en la propia página web que se ha acordado modificar, trasladar o suprimir durante los treinta días siguientes a contar desde la inserción del acuerdo. La publicación de la página web de la sociedad en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” será gratuita. Hasta que la publicación de la página web en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” tenga lugar, las inserciones que realice la sociedad en la página web no tendrán efectos jurídicos. Los estatutos sociales podrán exigir que, antes de que se hagan constar en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil, estos acuerdos se notifiquen individualmente a cada uno de los socios; Artículo 11 ter. Publicaciones en la página web. 1. La sociedad garantizará la seguridad de la página web, la autenticidad de los documentos publicados en esa página, así como el acceso gratuito a la misma con posibilidad de descarga e impresión de lo insertado en ella. 2. La carga de la prueba del hecho de la inserción de documentos en la página web y de la fecha en que esa inserción haya tenido lugar corresponderá a la sociedad. 3. Los administradores tienen el deber de mantener lo insertado en la página web durante el término exigido por la ley, y responderán solidariamente entre sí y con la sociedad frente a los socios, acreedores, trabajadores y terceros de los perjuicios causados por la interrupción temporal de acceso a esa página, salvo que la interrupción se deba a caso fortuito o de fuerza mayor. Para acreditar el mantenimiento de lo insertado durante el término exigido por la ley será suficiente la declaración de los administradores, que podrá ser desvirtuada por cualquier interesado mediante cualquier prueba admisible en Derecho. 4. Si la interrupción de acceso a la página web fuera superior a dos días consecutivos o cuatro alternos, no podrá celebrarse la junta general que hubiera sido convocada para acordar sobre el asunto a que se refiera el documento inserto en esa página, salvo que el total de días de publicación efectiva fuera igual o superior al término exigido por la ley. En los casos en los que la ley exija el mantenimiento de la inserción después de celebrada la junta general, si se produjera interrupción, deberá prolongarse la inserción por un número de días igual al que el acceso hubiera estado interrumpido; Artículo 11 quáter. Comunicaciones por medios electrónicos. Las comunicaciones entre la sociedad y los socios, incluida la remisión de documentos, solicitudes e información, podrán realizarse por medios electrónicos siempre que dichas comunicaciones hubieran sido aceptadas por el socio. La sociedad habilitará, a través de la propia web corporativa, el correspondiente dispositivo de contacto con la sociedad que permita acreditar la fecha indubitada de la recepción así como el contenido de los mensajes electrónicos intercambiados entre socios y sociedad.

2309 Precisa el Preámbulo. II.1, de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

2310 Comentario Oficial a la sección 11.02, apartado 3, párrafo segundo que señala que “although chapter 11 imposes virtually no restrictions or limitations on the terms or conditions of a merger, section 11.02(c) requires that the terms and conditions be set forth in the plan of merger. The present Act clarifies that the plan of merger need not be set forth in the articles of merger that are to be delivered to the secretary of state for filing after the merger has been adopted and approved”.

2311 La Sección 11.06 MBCA indica que “(a) After a plan of merger (...) has been adopted and approved as required by this Act, articles of merger (...) shall be executed on behalf of each party to the merger (...) by any officer or other duly authorized representative. The articles shall set forth: (1) the names of the parties to the merger or share exchange; (2) if the articles of incorporation of the survivor of a merger are amended, or if a new corporation is created as a result of a merger, the amendments to the survivor’s articles of incorporation or the articles of incorporation of the new corporation; (3) if the plan of merger 8...) required approval by the shareholders of a domestic corporation that was a party to the merger (...), a statement that the plan was duly approved by the shareholders and, if voting by any separate voting group was required, by each such separate voting group, in the manner required by this Act and the articles of incorporation; (4) if the plan of merger (...) not require approval by the shareholders of a domestic corporation that was a party to the merger (...), a statement to that effect; and (5) as to each foreign corporation (...) that was a party to

the merger (...), a statement that the participation of the foreign corporation (...) was duly authorized as required by the organic law of the corporation”.

²³¹² MBCA, Subchapter B. Filing Documents, sección 1.20 Requirements for Documents; Extrinsic Facts.

²³¹³ La sección 1.23 de la Model Business Corporation Act, titulada “Effective Time and Date of Document”, indica lo siguiente: “(a) Except as provided in subsection (b) and section 1.24(c), a document accepted for filing is effective: (1) at the date and time of filing, as evidenced by such means as the secretary of state may use for the purpose of recording the date and time of filing; or (2) at the time specified in the document as its effective time on the date it is filed. (b) A document may specify a delayed effective time and date, and if it does so the document becomes effective at the time and date specified. If a delayed effective date but no time is specified, the document is effective at the close of business on that date. A delayed effective date for a document may not be later than the 90th day after the date it is filed”.

²³¹⁴ Comentario Oficial a la sección 11.06 que señala que “the filing of articles of merger or share exchange makes the transaction a matter of public record. The requirements of filing are set forth in section 1.20. The effective date of the articles is the effective date of their filing, unless otherwise specified. Under section 1.23, a document may specify a delayed effective time and date, and if it does so the document becomes effective at the time and date specified, except that a delayed effective date may not be later than the 90th day after the date the document is filed”.

²³¹⁵ La Sección 252 de la Delaware GCL indica “(c) The agreement shall be adopted, approved, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed, and, in the case of a Delaware corporation, in the same manner as is provided in § 251 of this title. The agreement shall be filed and shall become effective for all purposes of the laws of this State when and as provided in § 251 of this title with respect to the merger or consolidation of corporations of this State. In lieu of filing the agreement of merger or consolidation, the surviving or resulting corporation may file a certificate of merger or consolidation, executed in accordance with § 103 of this title”, añadiendo en su apartado (d) que “if the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation is to be governed by the laws of the District of Columbia or any state or jurisdiction other than this State, it shall agree that it may be served with process in this State in any proceeding for enforcement of any obligation of any constituent corporation of this State, as well as for enforcement of any obligation of the surviving or resulting corporation arising from the merger or consolidation, including any suit or other proceeding to enforce the right of any stockholders as determined in appraisal proceedings pursuant to § 262 of this title, and shall irrevocably appoint the Secretary of State as its agent to accept service of process in any such suit or other proceedings and shall specify the address to which a copy of such process shall be mailed by the Secretary of State”.

²³¹⁶ Las Secciones 904 y 907 NY Code establecen que “(a) after adoption of the plan of merger or consolidation by the board and shareholders of each constituent corporation, unless the merger or consolidation is abandoned in accordance with paragraph (b) of section 903 (Authorization by shareholders), a certificate of merger or consolidation, entitled “Certificate of merger (or consolidation) ofand into (names of corporations) under section 904 of the Business Corporation Law”, shall be signed on behalf of each constituent corporation and delivered to the department of state”, y, “(e) If the surviving or consolidated corporation is, or is to be, formed under the law of any jurisdiction other than this state: (1) It shall comply with the provisions of this chapter relating to foreign corporations if it is to do business in this state. (2) It shall deliver to the department of state a certificate, entitled “Certificate of merger (or consolidation) of and into (names of corporations) under section 907 of the Business Corporation Law”, which shall be signed on behalf of each constituent domestic and foreign corporation”

²³¹⁷ Precizando que “it shall set forth: (1) The statements required by subparagraphs (a) (1), (2) and (4) of section 902 (Plan of merger or consolidation). (2) The effective date of the merger or consolidation if other than the date of filing of the certificate of merger or consolidation by the department of state. (3) In the case of consolidation, any statement required to be included in a certificate of incorporation for a corporation formed under this chapter but which was omitted under subparagraph (a) (4) of section 902. (4) The date when the certificate of incorporation of each constituent corporation was filed by the department of state. (5) The manner in which the merger or consolidation was authorized with respect to each constituent corporation. (b) The surviving or consolidated corporation shall thereafter cause a copy of such certificate, certified by the department of state, to be filed in the office of the clerk of each county in which the office of a constituent corporation, other than the surviving corporation, is located, and in the office of the official who is the recording officer of each county in this state in which real property of a constituent corporation, other than the surviving corporation, is situated”.

²³¹⁸ Precizando: “(g) The surviving or consolidated domestic corporation or foreign corporation shall thereafter cause a copy of such certificate, certified by the department of state, to be filed in the office of the clerk of each county in which the office of a constituent corporation other than the surviving corporation is located, and in the office of the official who is the recording officer of each county in this state in which real property of a constituent corporation, other than the surviving corporation, is situated”.

²³¹⁹ Así el Kansas Statute, artículo 67, Merger or consolidation: “7-6702 (c). The agreement shall be adopted, approved, certified and executed by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed, and, in the case of a Kansas corporation, in the same manner as provided in K.S.A. 17-6701, and amendments thereto. The agreement shall be filed and shall become effective for all purposes of the laws of this state when and as provided in K.S.A. 17-6701, and amendments thereto, with respect to the merger or consolidation of corporations of this state. In lieu of filing the agreement of merger or consolidation, the surviving or resulting corporation may file a certificate of merger or consolidation, executed in accordance with K.S.A. 17-6003, and amendments thereto, which states: (1) The name and jurisdiction of incorporation of each of the constituents; (2) that an agreement of merger or consolidation has been approved, adopted, certified and executed by each of the constituent corporations in accordance with this section; (3) the name of the surviving or resulting corporation; (4) in the case of a merger, such amendments or changes in the articles of incorporation of the surviving corporation as are desired to be effected by the merger or, if no such amendments or changes are desired, a statement that the articles of incorporation of the surviving corporation shall be its articles of incorporation; (5) in the case of a consolidation, that the articles of incorporation of the resulting corporation shall be as is set forth in an attachment to the certificate; (6) that the executed agreement of consolidation or merger is on file at the principal place of business of the surviving or resulting corporation and the address thereof; (7) that a copy of the agreement of consolidation or merger will be furnished by the surviving or resulting corporation, on request and without cost, to any stockholder of any constituent corporation; (8) if the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation is to be a corporation of this state, the authorized capital stock of each constituent corporation which is not a corporation of this state; and (9) the agreement, if any, required by subsection (d). (d) If the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation is to be governed by the laws of the District of Columbia or any state other than this state, it shall agree that it may be served with process in this state in any proceeding for enforcement of any obligation of any constituent corporation of this state, as well as for enforcement of any obligation of the surviving or resulting corporation arising from the merger or consolidation, including any suit or other proceeding to enforce the right of any stockholder as determined in appraisal proceedings pursuant to the provisions of K.S.A. 17-6712, and amendments thereto. Such corporation shall irrevocably appoint the secretary of state as its agent to accept service of process in any such suit or other proceedings and shall specify the address to which a copy of such process shall be mailed by the secretary of state. Service of such process shall be made by personally delivering to and leaving with the secretary of state duplicate copies of such process. The secretary of state shall forthwith send by registered mail one of such copies to such surviving or resulting corporation at its address so specified, unless such surviving or resulting corporation shall thereafter have designated in writing to the secretary of state a different address for such purpose, in which case it shall be mailed to the last address so designated”.

²³²⁰ Considerando 5.

²³²¹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 469.

²³²² LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 465.

²³²³ “Una vez verificado el depósito del proyecto de fusión en el Registro Mercantil los administradores deberán convocar la junta de socios respectiva para que decida sobre la fusión, en la forma y dentro de los plazos previstos en la ley para la adopción de un acuerdo de fusión válido”, indica LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 470.

²³²⁴ “La “fecha” del proyecto de fusión, mencionada en el art. 30.3 in fine LME (simétrico al art- 243.3, in fine LSA), será la que conste en el documento que el Registrador Mercantil conforme a la Ley, sea presentado inicialmente o después de la oportuna corrección o complemento por parte de los administradores, después de la oportuna calificación registral, lo que repercutirá en el resto del procedimiento, es decir, dará lugar a un retraso en las fechas previstas. La fecha del proyecto de fusión corresponderá en general, a aquella en que el mismo fue firmado por los administradores de todas las sociedades patícipes, después de haber sido aprobado por separado por los diversos órganos de administración. Puede ser firmado en la misma fecha o en varias tomándose como fecha de proyecto la última”, indica LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), pp. 471-472.

²³²⁵ La Sección 11.04 MBCA señala expresamente “(d) If the plan of merger (...) is required to be approved by the shareholders, and if the approval is to be given at a meeting, the corporation must notify each shareholder, whether or not entitled to vote, of the meeting of shareholders at which the plan is to be submitted for approval. The notice must state that the purpose, or one of the purposes, of the meeting is to consider the plan and must contain or be accompanied by a copy or summary of the plan. If the corporation is to be merged into an existing corporation or other entity, the notice shall also include or be accompanied by a copy or summary of the articles of incorporation or organizational documents of that corporation or other entity. If the corporation is to be merged into a corporation or other entity that is to be created pursuant to the merger, the notice shall include or be accompanied by a copy or a summary of the articles of incorporation or organizational documents of the new corporation or other entity”.

²³²⁶ La Sección 261 de la Delaware GCL señala que “The agreement required by subsection (b) of this section shall be submitted to the stockholders of each constituent corporation at an annual or special meeting for the purpose of acting on the agreement. Due notice of the time, place and purpose of the meeting shall be mailed to each holder of stock, whether voting or nonvoting, of the corporation at the stockholder’s address as it appears on the records of the corporation, at least 20 days prior to the date of the meeting. The notice shall contain a copy of the agreement or a brief summary thereof, as the directors shall deem advisable”. Asimismo precisa la New York Business Corporation Law, sección 903 (NY Code - Section 903: Authorization by shareholders), que “The board of each constituent corporation, upon adopting such plan of merger or consolidation, shall submit such plan to a vote of shareholders in accordance with the following: (1) Notice of meeting shall be given to each shareholder of record, as of the record date fixed pursuant to section 604 (Fixing record date), whether or not entitled to vote. A copy of the plan of merger or consolidation or an outline of the material features of the plan shall accompany such notice”

²³²⁷ Así la Hawaii Business Corporation Act, sección 414-31,1 Merger: “(e) The surviving entity shall furnish a copy of the plan of merger, on request and without cost, to any member, shareholder, or partner of any entity that is a party to the merger”; Igualmente Michigan Business corporation Act, Chapter 7, on 450.1703 Plan of merger or share exchange; approval, Sec. 703.a.2: “(c) Notice of the shareholder meeting shall be given to each shareholder of record, whether or not entitled to vote at the meeting, within the time and in the manner provided in this act for giving notice of meetings of shareholders. The notice shall include or be accompanied by all of the following: (i) A copy or summary of the plan of merger or share exchange. If a summary of the plan is given, the notice shall state that a copy of the plan is available on request. (ii) A statement informing shareholders that are entitled to dissent under section 762 that they have the right to dissent and to be paid the fair value of their shares by complying with the procedures set forth in sections 764 to 772”; También Wisconsin Statutes, Chapter 180, sección 180180.1103(2) Meeting notice : “The corporation shall notify each shareholder, whether or not entitled to vote, of the proposed shareholders' meeting in accordance with s. 180.0705, except that the notice shall be given at least 20 days before the meeting date. The notice shall also state that the purpose, or one of the purposes, of the meeting is to consider the plan of merger or share exchange and shall contain or be accompanied by a copy or summary of the plan”;

²³²⁸ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión”, en Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, t I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2009, p. 492

²³²⁹ Así en al legis ción europea se puede citar el Decreto Legislativo de 30 mayo de 2008, n. 108, Attuazione della direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali.; Art. 8. Relazione dell'organo amministrativo: “1. Nella relazione di cui all'articolo 2501-quinquies del código civile devono altresì essere illustrate le conseguenze della fusione transfrontaliera per i soci, i creditori e i lavoratori. 2. Salvo quanto disposto dall'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, la relazione e' inviata ai rappresentanti dei lavoratori o, in assenza di questi, messa a disposizione dei lavoratori stessi almeno trenta giorni prima della data dell'assemblea convocata per deliberare la fusione. 3. Se ricevuto in tempo utile, alla relazione e' allegato il parere espresso dai rappresentanti dei lavoratori”; Art. 9. Relazione degli esperti : “1. La relazione di cui all'articolo 2501-sexies del codice civile e' redatta da uno o piu' esperti scelti fra i soggetti di cui all'articolo 2409-bis, primo comma, del codice civile. Se la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera e' ammessa alla negoziazione in mercati regolamentati, l'esperto e' scelto fra le società di revisione iscritte nell'apposito albo. 2. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera e' una società per azioni (...) o società di altro Stato membro di tipo equivalente, l'esperto o gli esperti di cui al comma 1 sono designati dal tribunale del luogo in cui ha sede la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera. 3. La relazione di cui all'articolo 2501-sexies del codice civile puo' essere redatta per tutte le società partecipanti alla fusione transfrontaliera da uno o piu' esperti indipendenti designati, su richiesta congiunta di tali società, ovvero abilitati, da una autorità amministrativa o giudiziaria in conformità della legge applicabile ad una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera o alla società risultante dalla fusione medesima. L'autorità italiana competente alla designazione e' il tribunale del luogo in cui ha sede la società italiana partecipante alla fusione

transfrontaliera o risultante dalla stessa. Si applica in tal caso il comma 2. La relazione unica contiene le eventuali ulteriori informazioni richieste dalla legge applicabile alle società partecipanti alla fusione transfrontaliera”, Código Civil italiano. Art. 2501-quinquies. ‘Telazione degli esperti. Uno o piu’ esperti per ciascuna società devono redigere una relazione sulla congruità del rapporto di cambio delle azioni o delle quote, che indichi: a) il metodo o i metodi seguiti per la determinazione del rapporto di cambio proposto e i valori risultanti dall’applicazione di ciascuno di essi; b) le eventuali difficoltà di valutazione. La relazione deve contenere, inoltre, un parere sull’adeguatezza del metodo o dei metodi seguiti per la determinazione del rapporto di cambio e sull’importanza relativa attribuita a ciascuno di essi nella determinazione del valore adottato. L’esperto o gli esperti sono designati dal presidente del tribunale; le società partecipanti alla fusione possono richiedere al presidente del tribunale del luogo in cui ha sede la società risultante dalla fusione o quella incorporante la nomina di uno o piu’ esperti comuni. Ciascun esperto ha diritto di ottenere dalle società partecipanti alla fusione tutte le informazioni e i documenti utili e di procedere ad ogni necessaria verifica. L’esperto risponde dei danni causati alle società partecipanti alla fusione, ai loro soci e ai terzi. Si applicano le disposizioni dell’art. 64 del codice di procedura civile. La relazione, quanto alle società quotate in borsa, è redatta da società di revisione”; Art. 2501-sexies. Deposito di atti. Devono restare depositati in copia nella sede delle società partecipanti alla fusione, durante i trenta giorni che precedono l’assemblea e finché la fusione sia deliberata: 1) il progetto di fusione con le relazioni degli amministratori indicate nell’art. 2501-quater e le relazioni degli esperti indicate nell’art. 2501-quinquies; 2) i bilanci degli ultimi tre esercizi delle società partecipanti alla fusione, con le relazioni degli amministratori e del collegio sindacale e l’eventuale relazione di certificazione; 3) le situazioni patrimoniali delle società partecipanti alla fusione redatte a norma dell’art. 2501-ter. I soci hanno diritto di prendere visione di questi documenti e di ottenerne gratuitamente copia”; Asimismo Umwandlungsgesetz (UmwG) § 8 Verschmelzungsbericht: “(1) Die Vertretungsorgane jedes der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger haben einen ausführlichen schriftlichen Bericht zu erstatten, in dem die Verschmelzung, der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf im einzelnen und insbesondere das Umtauschverhältnis der Anteile oder die Angaben über die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger sowie die Höhe einer anzubietenden Barabfindung rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet werden (Verschmelzungsbericht); der Bericht kann von den Vertretungsorganen auch gemeinsam erstattet werden. Auf besondere Schwierigkeiten bei der Bewertung der Rechtsträger sowie auf die Folgen für die Beteiligung der Anteilsinhaber ist hinzuweisen. Ist ein an der Verschmelzung beteiligter Rechtsträger ein verbundenes Unternehmen im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes, so sind in dem Bericht auch Angaben über alle für die Verschmelzung wesentlichen Angelegenheiten der anderen verbundenen Unternehmen zu machen. Auskunftspflichten der Vertretungsorgane erstrecken sich auch auf diese Angelegenheiten. (2) In den Bericht brauchen Tatsachen nicht aufgenommen zu werden, deren Bekanntwerden geeignet ist, einem der beteiligten Rechtsträger oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen. In diesem Falle sind in dem Bericht die Gründe, aus denen die Tatsachen nicht aufgenommen worden sind, darzulegen. (3) Der Bericht ist nicht erforderlich, wenn alle Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger auf seine Erstattung verzichten oder sich alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden. Die Verzichtserklärungen sind notariell zu beurkunden”; Umwandlungsgesetz (UmwG) § 9 Prüfung der Verschmelzung: “(1) Soweit in diesem Gesetz vorgeschrieben, ist der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf durch einen oder mehrere sachverständige Prüfer (Verschmelzungsprüfer) zu prüfen. (2) Befinden sich alle Anteile eines übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers, so ist eine Verschmelzungsprüfung nach Absatz 1 nicht erforderlich, soweit sie die Aufnahme dieses Rechtsträgers betrifft. (3) § 8 Abs. 3 ist entsprechend anzuwenden”; Ejemplo de esa conexión es el sistema portugués cuyo Código das Sociedades Comerciais, establece lo siguiente: Artigo 117.º - D. Designação de peritos: “1 - Aplica-se à fiscalização do projecto comum nas sociedades com sede em Portugal participantes numa fusão transfronteiriça o disposto nos n.os 1, 2 e 4 a 6 do artigo 99.º 2 - Se todas as sociedades participantes na fusão o desejarem, o exame pericial do projecto comum de fusão poderá ser feito quanto a todas elas pelo mesmo revisor ou sociedade de revisores, que elabora um relatório único destinado a todos os sócios das sociedades participantes. 3 - Nos casos previstos no número anterior, recaindo a escolha das sociedades participantes num revisor português ou numa sociedade de revisores portuguesa, a sua designação fica a cargo da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, que procede à nomeação a solicitação conjunta das sociedades interessadas”; Artigo 99.º. Fiscalização do projecto: “1 - A administração de cada sociedade participante na fusão que tenha um órgão de fiscalização deve comunicar-lhe o projecto de fusão e seus anexos, para que sobre eles seja emitido parecer. 2 - Além da comunicação referida no número anterior, ou em substituição dela, se se tratar de sociedade que não tenha órgão de fiscalização, a administração de cada sociedade participante na fusão deve promover o exame do projecto de fusão por um revisor oficial de contas ou por uma sociedade de revisores independente de todas as sociedades intervenientes. 3 - Se todas ou algumas das sociedades participantes na fusão assim o desejarem, os exames referidos no número anterior poderão ser feitos, quanto a todas elas ou quanto às que nisso tiverem acordado, pelo mesmo revisor ou sociedade de revisores; neste caso, o revisor ou a sociedade deve ser designado, a solicitação conjunta das sociedades

interessadas, pela Câmara dos Revisores Oficiais de Contas. 4 - Os revisores elaborarão relatórios donde constará o seu parecer fundamentado sobre a adequação e razoabilidade da relação de troca das participações sociais, indicando, pelo menos: a) Os métodos seguidos na definição da relação de troca proposta; b) A justificação da aplicação ao caso concreto dos métodos utilizados pelo órgão de administração das sociedades ou pelos próprios revisores, os valores encontrados através de cada um desses métodos, a importância relativa que lhes foi conferida na determinação dos valores propostos e as dificuldades especiais com que tenham deparado nas avaliações a que procederam. 5 - Cada um dos revisores pode exigir das sociedades participantes as informações e documentos que julgue necessários, bem como proceder aos exames indispensáveis ao cumprimento das suas funções. 6 - Não são exigidos o exame do projecto de fusão referido no n.º 2 e os relatórios previstos no n.º 4 se todos os sócios e portadores de outros títulos que confirmam direito de voto de todas as sociedades que participam na fusão os dispensarem”.

²³³⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., op. cit. (*Capítulo 12. La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación de acuerdo de fusión*), p. 582.

²³³¹ En relación con nuestro ordenamiento señala SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión*), p. 497, que “la sistemática seguida por la LME sugiere que la elaboración de los tres documentos (proyecto, informe de los administradores e informe de los expertos), se produce en la sucesión temporal que resulta de los art. 30 a 34 de la misma Ley. Es obvio que el proyecto es lo primero y que sin él no se dan los otros dos. Pero los informes no tienen necesariamente que elaborarse en el orden que plantean los arts. 33 y 34 LME, que es precisamente el opuesto al fijado en los arts. 236 y 2137 LSA. Lo normal es que los administradores no aprueben su informe hasta después de conocer el de los expertos nombrados por el Registro Mercantil, que se solicitó tan pronto como se aprobó el proyecto de fusión”.

²³³² Precisa SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión*), p. 495, que “el informe se configura como un documento que debe servir para desarrollar el proyecto de fusión, en interés de los accionistas y también de los acreedores. Cuando se dice por el art. 33 LME que el informe tiene que explicar detalladamente el proyecto de fusión, lo que se está señalando es que debe ir más allá de la mera reproducción de lo que pueda decir el proyecto de fusión, y que lo que a los administradores cabe exigir es el desarrollo de las propuestas plasmadas en cada una de las correspondientes menciones en el citado proyecto. El informe sólo cobra sentido si de su contenido se deduce una correcta y completa de cada una de las opciones plasmadas en el proyecto, sea en los aspectos jurídicos o económicos que implica la fusión en curso”.

²³³³ Artículo 33: “Informe de los administradores sobre el proyecto de fusión. Los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión elaborarán un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos, con especial referencia al tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas y a las especiales dificultades de valoración que pudieran existir, así como las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores”; Artículo 60: “Informe de los órganos de dirección o administración. 1. El informe de los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión transfronteriza, que elaborarán conforme a lo dispuesto en el artículo 33, se pondrá a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores, o en su defecto de los propios trabajadores, en un plazo no inferior a un mes antes de la fecha de la junta de socios que ha de resolver sobre el proyecto común de fusión transfronteriza. 2. Cuando los administradores de la sociedad española reciban a tiempo una opinión de los representantes de los trabajadores, esa opinión se adjuntará al informe”.

²³³⁴ Artículo 34: “Informe de expertos sobre el proyecto de fusión. 1. Cuando alguna de las sociedades que participen en la fusión (...) anónima (...), los administradores de cada una de las sociedades que se fusionan deberán solicitar del registrador mercantil correspondiente al domicilio social el nombramiento de uno o varios expertos independientes y distintos, para que, por separado, emitan informe sobre el proyecto común de fusión. No obstante lo anterior, los administradores de todas las sociedades que se fusionan a que se refiere el apartado anterior podrán pedir al registrador mercantil que designe uno o varios expertos para la elaboración de un único informe. La competencia para el nombramiento corresponderá al registrador mercantil del domicilio social de la sociedad absorbente o del que figure en el proyecto común de fusión como domicilio de la nueva sociedad. 2. Los expertos nombrados podrán obtener de las sociedades que participan en la fusión, sin limitación alguna, todas las informaciones y documentos que crean útiles y proceder a todas las verificaciones que estimen necesarias. 3. El informe del experto o de los expertos estará dividido en dos partes: en la primera, deberá exponer los métodos seguidos por los administradores para establecer el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de los socios de las sociedades que se extinguen, explicar si esos métodos son adecuados, con expresión de los valores a los que conducen y, si existieran, las dificultades especiales de valoración, y manifestar la opinión de si el tipo de canje está o no

justificado; y en la segunda, deberá manifestar la opinión de si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente. 4. El contenido del informe del experto o de los expertos sobre el proyecto de fusión estará integrado únicamente por la segunda parte cuando, en todas las sociedades que participen en la fusión, así lo hayan acordado todos los socios con derecho de voto y, además, todas las personas que, en su caso, según la ley o los estatutos sociales, fueran titulares de ese derecho”.

²³³⁵ Así en el Derecho alemán, la Umwandlungsgesetz (UmwG) § 8 Verschmelzungsbericht: “(1) Die Vertretungsorgane jedes der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger haben einen ausführlichen schriftlichen Bericht zu erstatten, in dem die Verschmelzung, der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf im einzelnen und insbesondere das Umtauschverhältnis der Anteile oder die Angaben über die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger sowie die Höhe einer anzubietenden Barabfindung rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet werden (Verschmelzungsbericht); der Bericht kann von den Vertretungsorganen auch gemeinsam erstattet werden. Auf besondere Schwierigkeiten bei der Bewertung der Rechtsträger sowie auf die Folgen für die Beteiligung der Anteilsinhaber ist hinzuweisen. Ist ein an der Verschmelzung beteiligter Rechtsträger ein verbundenes Unternehmen im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes, so sind in dem Bericht auch Angaben über alle für die Verschmelzung wesentlichen Angelegenheiten der anderen verbundenen Unternehmen zu machen. Auskunftspflichten der Vertretungsorgane erstrecken sich auch auf diese Angelegenheiten. (2) In den Bericht brauchen Tatsachen nicht aufgenommen zu werden, deren Bekanntwerden geeignet ist, einem der beteiligten Rechtsträger oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen. In diesem Falle sind in dem Bericht die Gründe, aus denen die Tatsachen nicht aufgenommen worden sind, darzulegen. (3) Der Bericht ist nicht erforderlich, wenn alle Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger auf seine Erstattung verzichten oder sich alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden. Die Verzichtserklärungen sind notariell zu beurkunden”, y Umwandlungsgesetz (UmwG) § 9 Prüfung der Verschmelzung: (1) Soweit in diesem Gesetz vorgeschrieben, ist der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf durch einen oder mehrere sachverständige Prüfer (Verschmelzungsprüfer) zu prüfen. (2) Befinden sich alle Anteile eines übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers, so ist eine Verschmelzungsprüfung nach Absatz 1 nicht erforderlich, soweit sie die Aufnahme dieses Rechtsträgers betrifft. (3) § 8 Abs. 3 ist entsprechend anzuwenden”; en el Derecho Portugués se mantiene un régimen peculiar según el Código das Sociedades Comerciais, que es el siguiente: “ Artigo 117.º - D, Designação de peritos 1 - Aplica-se à fiscalização do projecto comum nas sociedades com sede em Portugal participante numa fusão transfronteiriça o disposto nos n.os 1, 2 e 4 a 6 do artigo 99.º 2 - Se todas as sociedades participantes na fusão o desejarem, o exame pericial do projecto comum de fusão poderá ser feito quanto a todas elas pelo mesmo revisor ou sociedade de revisores, que elabora um relatório único destinado a todos os sócios das sociedades participantes. 3 - Nos casos previstos no número anterior, recaído a escolha das sociedades participantes num revisor português ou numa sociedade de revisores portuguesa, a sua designação fica a cargo da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, que procede à nomeação a solicitação conjunta das sociedades interessadas”. Artigo 99.º Fiscalização do projecto 1 - A administração de cada sociedade participante na fusão que tenha um órgão de fiscalização deve comunicar-lhe o projecto de fusão e seus anexos, para que sobre eles seja emitido parecer. 2 - Além da comunicação referida no número anterior, ou em substituição dela, se se tratar de sociedade que não tenha órgão de fiscalização, a administração de cada sociedade participante na fusão deve promover o exame do projecto de fusão por um revisor oficial de contas ou por uma sociedade de revisores independente de todas as sociedades intervenientes. 3 - Se todas ou algumas das sociedades participantes na fusão assim o desejarem, os exames referidos no número anterior poderão ser feitos, quanto a todas elas ou quanto às que nisso tiverem acordado, pelo mesmo revisor ou sociedade de revisores; neste caso, o revisor ou a sociedade deve ser designado, a solicitação conjunta das sociedades interessadas, pela Câmara dos Revisores Oficiais de Contas. 4 - Os revisores elaborarão relatórios donde constará o seu parecer fundamentado sobre a adequação e razoabilidade da relação de troca das participações sociais, indicando, pelo menos: a) Os métodos seguidos na definição da relação de troca proposta; b) A justificação da aplicação ao caso concreto dos métodos utilizados pelo órgão de administração das sociedades ou pelos próprios revisores, os valores encontrados através de cada um desses métodos, a importância relativa que lhes foi conferida na determinação dos valores propostos e as dificuldades especiais com que tenham deparado nas avaliações a que procederam. 5 - Cada um dos revisores pode exigir das sociedades participantes as informações e documentos que julgue necessários, bem como proceder aos exames indispensáveis ao cumprimento das suas funções. 6 - Não são exigidos o exame do projecto de fusão referido no n.º 2 e os relatórios previstos no n.º 4 se todos os sócios e portadores de outros títulos que confirmam direito de voto de todas as sociedades que participam na fusão os dispensarem”; Según el Code de commerce, article L236-9 (Modifié par LOI n°2011-525 du 17 mai 2011 - art. 64 (V): “(...) Sauf si les actionnaires des sociétés participant à l'opération de fusion en décident autrement dans les conditions prévues au II de l'article L. 236-10, le conseil d'administration ou le directoire de chaque société participant à

l'opération établit un rapport écrit qui est mis à la disposition des actionnaires. Les conseils d'administration ou les directoires des sociétés participant à l'opération informent leurs actionnaires respectifs, avant la date de l'assemblée générale prévue au premier alinéa, de toute modification importante de leur actif et de leur passif intervenue entre la date de l'établissement du projet de fusion et la date de la réunion des assemblées générales mentionnées au même alinéa. Ils en avisent également les conseils d'administration ou les directoires des autres sociétés participant à l'opération afin que ceux-ci informent leurs actionnaires de ces modifications. Les modalités de mise en œuvre de ces informations sont déterminées par décret en Conseil d'Etat", y article L236-10 (Modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 57): I.-Sauf si les actionnaires des sociétés participant à l'opération de fusion en décident autrement dans les conditions prévues au II du présent article, un ou plusieurs commissaires à la fusion, désignés par décision de justice et soumis à l'égard des sociétés participantes aux incompatibilités prévues à l'article L. 822-11, établissent sous leur responsabilité un rapport écrit sur les modalités de la fusion. Les commissaires à la fusion vérifient que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable. Ils peuvent obtenir à cette fin, auprès de chaque société, communication de tous documents utiles et procéder à toutes vérifications nécessaires. Le ou les rapports des commissaires à la fusion sont mis à la disposition des actionnaires. Ils indiquent : 1° La ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé ; 2° Le caractère adéquat de cette ou ces méthodes en l'espèce ainsi que les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduit, un avis étant donné sur l'importance relative donnée à ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue ; 3° Les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe. II.-La décision de ne pas faire désigner un commissaire à la fusion est prise, à l'unanimité, par les actionnaires de toutes les sociétés participant à l'opération. A cette fin, les actionnaires sont consultés avant que ne commence à courir le délai exigé pour la remise de ce rapport préalablement à l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion. III.-Lorsque l'opération de fusion comporte des apports en nature ou des avantages particuliers, le commissaire à la fusion ou, s'il n'en a pas été désigné en application du II, un commissaire aux apports désigné dans les conditions prévues à l'article L. 225-8 établit le rapport prévu à l'article L. 225-147"; Emn el Derecho Italiano, según el Decreto Legislativo de 30 maggio 2008, n. 108, artículo 8: "Relazione dell'organo amministrativo. 1. Nella relazione di cui all'articolo 2501-quinquies del codice civile devono altresì essere illustrate le conseguenze della fusione transfrontaliera per i soci, i creditori e i lavoratori. 2. Salvo quanto disposto dall'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, la relazione e' inviata ai rappresentanti dei lavoratori o, in assenza di questi, messa a disposizione dei lavoratori stessi almeno trenta giorni prima della data dell'assemblea convocata per deliberare la fusione. 3. Se ricevuto in tempo utile, alla relazione e' allegato il parere espresso dai rappresentanti dei lavoratori", y según su artículo 9, "Relazione degli esperti. 1. La relazione di cui all'articolo 2501-sexies del codice civile e' redatta da uno o più esperti scelti fra i soggetti di cui all'articolo 2409-bis, primo comma, del codice civile. Se la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera e' ammessa alla negoziazione in mercati regolamentati, l'esperto e' scelto fra le società di revisione iscritte nell'apposito albo. 2. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera e' una società per azioni o in accomandita per azioni, o società di altro Stato membro di tipo equivalente, l'esperto o gli esperti di cui al comma 1 sono designati dal tribunale del luogo in cui ha sede la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera. 3. La relazione di cui all'articolo 2501-sexies del codice civile può essere redatta per tutte le società partecipanti alla fusione transfrontaliera da uno o più esperti indipendenti designati, su richiesta congiunta di tali società, ovvero abilitati, da una autorità amministrativa o giudiziaria in conformità della legge applicabile ad una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera o alla società risultante dalla fusione medesima. L'autorità italiana competente alla designazione e' il tribunale del luogo in cui ha sede la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera o risultante dalla stessa. Si applica in tal caso il comma 2. La relazione unica contiene le eventuali ulteriori informazioni richieste dalla legge applicabile alle società partecipanti alla fusione transfrontaliera".

²³³⁶ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión*), p. 502.

²³³⁷ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión*), p. 502.

²³³⁸ La Sección 11.04.(b) MBCA señala "the board of directors must also transmit to the shareholders a recommendation that the shareholders approve the plan, unless the board of directors makes a determination that because of conflicts of interest or other special circumstances it should not make such a recommendation, in which case the board of directors must transmit to the shareholders the basis for that determination".

²³³⁹ El Comentario Oficial a la Sección 11.04(b) de la MBCA señala expresamente "Section 11.04.(b) requires the board of directors, after having adopted the plan of merger, to submit the plan of merger (...) to the shareholders for approval, except as provided in subsection (g) and section 11.05. When submitting the plan of merger or (...) the board of directors must make a recommendation to the shareholders that the plan be

approved, unless the board of directors makes a determination that because of conflicts of interest or other special circumstances it should make no recommendation (...). If the board of directors makes such a determination, it must describe the conflict of interest or special circumstances, and communicate the basis for the determination, when submitting the plan of merger (...) to the shareholders. The exception for conflicts of interest or other special circumstances is intended to be sparingly available. Generally, shareholders should not be asked to act on a merger (...) in the absence of a recommendation by the board of directors. The exception is not intended to relieve the board of directors of its duty to consider carefully the proposed transaction and the interests of shareholders”.

²³⁴⁰ El informe tiene a los socios como destinatarios, por ser éstos los que deben decidir sobre la fusión en el marco de la junta. Ente a ello el informe es un documento instrumental que debe permitir evaluar la incidencia de la fusión futura para sus derechos individuales y para la sociedad y facilitar el ejercicio por ellos de sus derechos políticos, incluyendo esencial de controlar a los administradores de su sociedad impulsores del proyecto. Por lo que se refiere a los trabajadores, se ordena que se ponga a disposición de sus representantes”, destaca SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión*), p. 495.

²³⁴¹ Según GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (Capítulo III. Fusión), p. 115, ese informe no es necesario si la fusión no afecta al volumen de empleo.

²³⁴² El art. 33 LME asigna el deber de elaborar el informe de la fusión a los administradores de cada sociedad que se fusiona. La genérica referencia a los administradores que realiza el art. 33 LME no supone que todos y cada uno de ellos a título individual, tienen que participar en la elaboración del informe y firmarlo con o expresión de conformidad, sino que aquella referencia apunta al órgano de administración y a la válida adopción del acuerdo. Esto significa que la decisión la debe adoptar válidamente el órgano de administración correspondiente cualquiera que sea su configuración”, precisa SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión*), p. 496.

²³⁴³ En relación con nuestro ordenamiento destaca SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión*), pp. 500-501, que “la posibilidad de impugnación cobra perfiles problemático si recordamos que la fusión tiene reglas singulares en esta materia, como acreditan las disposiciones referidas a la impugnación del balance (art. 398 LME) o de la propia fusión (art. 47 LME). Esas normas vigentes como otras contenidas en el ordenamiento derogado (vid. Art. 246 LSA), acreditaban una clara tendencia restrictiva hacia la impugnación de la fusión. A favor de la impugnación individual del informe de fusión, opera que por su contenido se entienda que se está ante un acuerdo nulo que vulnera, por ejemplo, el imperativo contenido establecido en la LME o anulable por considerar que varias de las acciones establecidas en el mismo conllevan una infracción estatutaria o una lesión del interés social, conforme a lo establecido en el art. 115 LSA. En contra de esa posibilidad juega el carácter puramente accesorio o informativo del citado documento, así como que se trata de uno de los documentos cuya elaboración y aprobación integran la fase de “preparación” de la junta. La conducta relevante del consejo es esta fase no es la aislada aprobación de cada uno de los documentos (proyecto, informe, balance, etc.), sino la consistente en completar la fase de preparación y proceder a la convocatoria de las juntas correspondientes, con la consiguiente puesta a disposición de, entre otros documentos, el informe de los administradores sobre el proyecto de fusión. De manera que si se observa cualquier vicio en esos documentos, la única impugnación posible es la del propio acuerdo de fusión adoptado por la junta general. El carácter instrumental del citado informe impide atribuirle autonomía y relevancia aisladas como objeto de una eventual pretensión impugnatoria. El informe es un acto preparatorio más de la fusión y los vicios en su redacción o aprobación alcanzan al acuerdo de fusión”.

²³⁴⁴ Considerando 6.

²³⁴⁵ Rechazan esa posibilidad GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 299.

²³⁴⁶ En el Derecho alemán, Umwandlungsgesetz (UmwG) § 12 Prüfungsbericht: (1) Die Verschmelzungsprüfer haben über das Ergebnis der Prüfung schriftlich zu berichten. Der Prüfungsbericht kann auch gemeinsam erstattet werden. (2) Der Prüfungsbericht ist mit einer Erklärung darüber abzuschließen, ob das vorgeschlagene Umtauschverhältnis der Anteile, gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlung oder die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger als Gegenwert angemessen ist. Dabei ist anzugeben, 1. nach welchen Methoden das vorgeschlagene Umtauschverhältnis ermittelt worden ist; 2. aus welchen Gründen die Anwendung dieser Methoden angemessen ist; 3. welches Umtauschverhältnis oder welcher Gegenwert sich bei der Anwendung verschiedener Methoden, sofern mehrere angewandt worden sind, jeweils ergeben würde; zugleich ist darzulegen, welches Gewicht den verschiedenen Methoden bei der Bestimmung des vorgeschlagenen Umtauschverhältnisses oder des Gegenwerts und der ihnen

zugrundeliegenden Werte beigemessen worden ist und welche besonderen Schwierigkeiten bei der Bewertung der Rechtsträger aufgetreten sind. (3) § 8 Abs. 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden”.

²³⁴⁷ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión*), p. 504

²³⁴⁸ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión*), p. 504.

²³⁴⁹ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión*), p. 505, en donde precisa que “tampoco es menor la segunda preocupación que genera esta solución desde la general invocación del principio de seguridad jurídica. En nuestro Derecho de sociedades, la intervención de expertos se ha convertido en un nagarantía de valoraciones, como instrumento de tutela de la integridad y correspondencia del capital social, en defensa tanto de los accinistas como de los acreedores sociales. Parece que esa garantía normativa se abandona en una operación que puede ser relevante para esos mismos intereses.

²³⁵⁰ Lo que reitera y precisa el artículo 349 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, cuando afirma que: “1. En caso de fusión (...) de sociedades, la solicitud de nombramiento de uno o varios expertos independientes para la emisión del preceptivo informe se hará individualmente por cada una de las sociedades que participan en la fusión o de las sociedades beneficiarias de la escisión. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el informe podrá ser común a todas las sociedades que participen en la fusión cuando éstas lo soliciten, debiendo suscribir la instancia, al menos, una persona con poder de representación por cada una de las sociedades interesadas. En este caso la solicitud se presentará al Registrador Mercantil del domicilio social de la absorbente o del que figure en el proyecto de fusión como domicilio de la nueva sociedad a constituir, adjuntando certificación del proyecto de fusión emitida por cada uno de los órganos de administración de las sociedades solicitantes. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado primero, el informe podrá ser común a todas las sociedades beneficiarias de la escisión cuando éstas lo soliciten, debiendo suscribir la instancia, al menos, una persona con poder de representación por cada una de las sociedades afectadas. La solicitud se presentará en este caso al Registrador mercantil del domicilio de cualquiera de ellas, adjuntando certificación del proyecto de escisión emitido por cada uno de los órganos de administración de las sociedades solicitantes”; En el Derecho alemán, Umwandlungsgesetz (UmwG) § 10 Bestellung der Verschmelzungsprüfer: (1) Die Verschmelzungsprüfer werden auf Antrag des Vertretungsorgans vom Gericht ausgewählt und bestellt. Sie können auf gemeinsamen Antrag der Vertretungsorgane für mehrere oder alle beteiligten Rechtsträger gemeinsam bestellt werden. Für den Ersatz von Auslagen und für die Vergütung der vom Gericht bestellten Prüfer gilt § 318 Abs. 5 des Handelsgesetzbuchs. (2) Zuständig ist jedes Landgericht, in dessen Bezirk ein übertragender Rechtsträger seinen Sitz hat. Ist bei dem Landgericht eine Kammer für Handelssachen gebildet, so entscheidet deren Vorsitzender an Stelle der Zivilkammer. (3) Auf das Verfahren ist das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden, soweit in den folgenden Absätzen nicht anderes bestimmt ist. (4) Gegen die Entscheidung findet die Beschwerde statt. Sie kann nur durch Einreichung einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Beschwerdeschrift eingelegt werden. (5) Die Landesregierung kann die Entscheidung über die Beschwerde durch Rechtsverordnung für die Bezirke mehrerer Oberlandesgerichte einem der Oberlandesgerichte oder dem Obersten Landesgericht übertragen, wenn dies der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dient. Die Landesregierung kann die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltung übertragen”, y Umwandlungsgesetz (UmwG) § 11 Stellung und Verantwortlichkeit der Verschmelzungsprüfer: (1) Für die Auswahl und das Auskunftsrecht der Verschmelzungsprüfer gelten § 319 Abs. 1 bis 4, § 319a Abs. 1, § 319b Abs. 1, § 320 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 und 2 des Handelsgesetzbuchs entsprechend. Soweit Rechtsträger betroffen sind, für die keine Pflicht zur Prüfung des Jahresabschlusses besteht, gilt Satz 1 entsprechend. Dabei findet § 267 Abs. 1 bis 3 des Handelsgesetzbuchs für die Umschreibung der Größenklassen entsprechende Anwendung. Das Auskunftsrecht besteht gegenüber allen an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern und gegenüber einem Konzernunternehmen sowie einem abhängigen und einem herrschenden Unternehmen. (2) Für die Verantwortlichkeit der Verschmelzungsprüfer, ihrer Gehilfen und der bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter einer Prüfungsgesellschaft gilt § 323 des Handelsgesetzbuchs entsprechend. Die Verantwortlichkeit besteht gegenüber den an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern und deren Anteilinhabern”.

²³⁵¹ Por lo que no parece que se pueda manter la aplicabilidad del artículo 26, titulado “Responsabilidad civil”, de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, y según el cual: “1. Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las particularidades establecidas en este artículo. 2. La responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría será exigible de forma

proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero. A estos efectos, se entenderá por tercero cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo éste elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión. La responsabilidad civil será exigible de forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros. 3. Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor de cuentas en nombre de una sociedad de auditoría, responderán solidariamente, dentro de los límites señalados en el apartado precedente, el auditor que haya firmado el informe de auditoría y la sociedad de auditoría. 4. La acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor de cuentas y de la sociedad de auditoría prescribirá a los cuatro años a contar desde la fecha del informe de auditoría”.

²³⁵² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 108; GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), pp 121-123.

²³⁵³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 114.

²³⁵⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 108.

²³⁵⁵ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 179; “Nuestro flamante balance de fusión tien por antecedente el famoso balance final cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura que se refería el at. 146 LSA de 1951”, indica FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 113.

²³⁵⁶ Resolución de 22 de marzo de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por “Grupo Riofisa, Sociedad Anónima” contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid número XV, don Juan Pablo Ruano Borrella, a inscribir una escritura de elevación a público de determinados acuerdos sociales. Fundamentos de Derecho, apartado 3 (BOE del 30 de mayo de 2002) : “ Para determinar la verdadera relevancia del balance de fusión de “cada una de las sociedades” que, según el artículo 238.1.e) de la Ley de Sociedades Anónimas, deberá ponerse a disposición de los accionistas (y, en su caso, de los demás interesados a que se refiere tal precepto (desde la publicación de la convocatoria de la junta que haya de acordar la fusión, no cabe sino entender que se trata de un requisito cuyo alcance es simplemente informativo, en cuanto sirve para permitir que los socios y tales interesados conozcan la situación económica de las sociedades que participan en la fusión. En efecto, desaparecido el derecho de separación que el artículo 144 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951, atribuía al socio que no hubiera votado a favor del acuerdo de fusión y, por ende, descartada la función del balance de fusión como instrumento para la fijación de la cuota correspondiente al socio que ejercitara el “ius separationis”, dicho balance no es sino un elemento que refleja la situación patrimonial existente en el momento de la fusión, lo que no quiere decir que carezca de relevancia a la hora de fijar, en su caso, el tipo de canje de las acciones o como instrumento de protección de los socios que hayan de aprobar la fusión o de los mencionados interesados en la misma. Esa función informativa del balance de fusión es la que resulta de interpretar la norma debatida a la luz de lo dispuesto en los apartados 1.c) y 2 del artículo 11 de la Tercera Directiva, 78/855/CEE, según los cuales cualquier accionista que deba decidir en Junta general sobre un proyecto de fusión tiene derecho a examinar un estado contable de las sociedades que participan en dicha fusión. Es cierto que el artículo 244 de la Ley de Sociedades Anónimas exige que la escritura de fusión contenga el balance de fusión de las sociedades que se extingan, sin incluir en esta exigencia el balance de la sociedad absorbente, y ello, sin duda, en consideración de la trascendencia que tiene la situación de aquellas sociedades, cuyos patrimonios son adquiridos por ésta; pero el hecho de que ese balance de la sociedad absorbente no deba ser necesariamente incluido en la escritura no implica que en dicho título pueda prescindirse de la referencia al cumplimiento de la obligación de información impuesta por el artículo 238.1.e) de dicha Ley (y ello aun en los casos, como el presente, de sociedades íntegramente participadas, en que no procede la fijación de tipo de canje ni el aumento del capital social, conforme al artículo 250 de la Ley, toda vez que ni siquiera en tales supuestos puede descartarse que las personas mencionadas en el citado artículo 238.1 tengan interés en conocer la situación patrimonial de la sociedad absorbente), y a tal efecto será suficiente la manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad, sobre dicho cumplimiento (cfr. artículo 227.2.1.a del Reglamento del Registro Mercantil), por lo que, en puridad, no será necesario que en todo caso conste al menos la fecha del balance de la sociedad absorbente -que es la exigencia expresada por el Registrador en la nota de calificación y lo que constituye el objeto del presente recurso, conforme al artículo 68 del Reglamento del Registro Mercantil- si aquella manifestación consta en la escritura”.

²³⁵⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 111.

²³⁵⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 179.

²³⁵⁹ Lo cual da pie a que GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 179, se planten lo siguiente: “La cuestión es si esa información está dirigida sólo a los socios y por tanto se puede prescindir de él por acuerdo unánime de los mismos. En principio queda a disposición también de obligacionistas, titulares de derechos especiales y trabajadores (art. 39)”.

²³⁶⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 111.

²³⁶¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 110, alude a que “pocas dudas caben ya de que el balance de fusión carezca de transcendencia contable”; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión*), p. 521, indica que “no estamos ante un documento contable en sentido estricto, sino ante un documento que tiene una concreta y especial finalidad”; GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 179, aluden a que “tampoco tiene finalidad contable”.

²³⁶² Precisa el “Borrador de Normas de Contabilidad Aplicables a las Fusiones y Escisiones de Sociedades- Informe de la Comisión creada para la elaboración de Normas de Contabilidad aplicables a las Fusiones y Escisiones de Sociedades”, BOICAC núm 14, capítulo 1, artículo 3.

²³⁶³ Definición. 4.

²³⁶⁴ Tercera Parte. Cuenta Anuales. I. Normas de Elaboración de las Cuentas Anuales 14ª, del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

²³⁶⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 123.

²³⁶⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 123.

²³⁶⁷ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión*), p. 524; Afirma FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), p. 123, que “esta regulación nuestra, que distingue entre dos acuerdos distintos, el aprobatorio del balance y el aprobatorio de la fusión, es probablemente incorrecta en técnica jurídica. No tiene mucha razón de ser exigir un acuerdo autónomo de aprobación de un documento informativo: el balance de fusión sólo despliega su función informativa en el marco del procedimiento de fusión y sirve como uno más de los documentos informativos -junto a otros- para ilustrar a los socios que deciden sobre el eventual acuerdo aprobatorio de la fusión”.

²³⁶⁸ Supuestos que deslinda cuidadosamente FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), pp. 125-130.

²³⁶⁹ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 184; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., op. cit. (*Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión*), p. 525.

²³⁷⁰ La Sección 260 Delaware GCL “Powers of Corporation Surviving or Resulting From Merger or Consolidation; Issuance of Stock, Bonds or Other Indebtedness”, indica lo siguiente: “When 2 or more corporations are merged or consolidated, the corporation surviving or resulting from the merger may issue bonds or other obligations, negotiable or otherwise, and with or without coupons or interest certificates thereto attached, to an amount sufficient with its capital stock to provide for all the payments it will be required to make, or obligations it will be required to assume, in order to effect the merger or consolidation. For the purpose of securing the payment of any such bonds and obligations, it shall be lawful for the surviving or resulting corporation to mortgage its corporate franchise, rights, privileges and property, real, personal or mixed. The surviving or resulting corporation may issue certificates of its capital stock or uncertificated stock if authorized to do so and other securities to the stockholders of the constituent corporations in exchange or payment for the original shares, in such amount as shall be necessary in

accordance with the terms of the agreement of merger or consolidation in order to effect such merger or consolidation in the manner and on the terms specified in the agreement”.

²³⁷¹ Así el artículo L236-30 del Code de commerce, establece : “Un notaire ou le greffier du tribunal dans le ressort duquel la société issue de la fusion sera immatriculée contrôle, dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, la légalité de la réalisation de la fusion et de la constitution de la société nouvelle issue de la fusion; Il contrôle en particulier que les sociétés qui fusionnent ont approuvé un projet de fusion dans les mêmes termes et que les modalités relatives à la participation des salariés ont été fixées conformément au titre VII du livre III de la deuxième partie du code du travail”; Decreto Legislativo de 30 de mayo de 2008, n. 108, Attuazione della direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali. Articolo 13. Controllo di legittimità della fusione transfrontaliera. “ 1. Se la società risultante dalla fusione è una società italiana, il notaio, entro trenta giorni dal ricevimento, da parte di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera, dei certificati preliminari e della delibera di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera, espleta il controllo di legittimità sulla attuazione della fusione transfrontaliera rilasciandone apposita attestazione. A tale fine egli verifica che: a) le società partecipanti alla fusione transfrontaliera abbiano approvato un identico progetto comune; b) siano pervenuti i certificati preliminari alla fusione transfrontaliera relativi a ciascuna delle società partecipanti alla stessa, attestanti il regolare adempimento, in conformità alla legge applicabile, degli atti e delle formalità preliminari alla fusione transfrontaliera; c) se del caso, siano state stabilite le modalità di partecipazione dei lavoratori ai sensi dell'articolo 19. 2. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di altro Stato membro il controllo di legittimità di cui al comma 1 è espletato dall'autorità all'uopo designata da tale Stato”.

²³⁷² Comentario Oficial a la sección 11.02, punto 2 que indica “only if the merger is permitted by the foreign business corporation”, de tal manera que “whether and on what terms a foreign corporation or a foreign other entity is authorized to merge with a domestic corporation is a matter that is governed by the laws under which that corporation or other entity is organized or by which it is governed, not by chapter 11”.

²³⁷³ Comentario Oficial a la sección 11.02, punto 2 que señala que “but has an indirect effect on a foreign corporation (...)that is a party to a proposed merger with a domestic corporation”.

²³⁷⁴ La Sección 252.(a) Delaware GCL indica “any 1 or more corporations of this State may merge or consolidate with 1 or more other corporations of any other state or states of the United States, or of the District of Columbia if the laws of the other state or states, or of the District permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction. The constituent corporations may merge into a single corporation, which may be any 1 of the constituent corporations, or they may consolidate into a new corporation formed by the consolidation, which may be a corporation of the state of incorporation of any 1 of the constituent corporations, pursuant to an agreement of merger or consolidation, as the case may be, complying and approved in accordance with this section. In addition, any 1 or more corporations existing under the laws of this State may merge or consolidate with 1 or more corporations organized under the laws of any jurisdiction other than 1 of the United States if the laws under which the other corporation or corporations are organized permit a corporation of such jurisdiction to merge or consolidate with a corporation of another jurisdiction”.

²³⁷⁵ La Sección 11.06.(a).(5) MBCA requiere “as to each foreign corporation (...) that was a party to the merger or share exchange, a statement that the participation of the foreign corporation or eligible entity was duly authorized as required by the organic law of the corporation”.

²³⁷⁶ La Sección 252.(c).(5) de la Delaware GCL indica a este respecto expresamente que se recogerá “other provisions or facts as shall be required to be set forth in certificates of incorporation by the laws of the state which are stated in the agreement to be the laws that shall govern the surviving or resulting corporation and that can be stated in the case of a merger or consolidation”.

²³⁷⁷ El NY Code señala en su Sección 907 (Merger or consolidation of domestic and foreign corporations) que: “(a) One or more foreign corporations and one or more domestic corporations may be merged or consolidated into a corporation of this state or of another jurisdiction, if such merger or consolidation is permitted by the laws of the jurisdiction under which each such foreign corporation is incorporated. With respect to such merger or consolidation, any reference in paragraph (b) of section 901 (Power of merger or consolidation) to a corporation shall, unless the context otherwise requires, include both domestic and foreign corporations. (b) With respect to procedure, including the requirement of share- holder authorization, each domestic corporation shall comply with the provisions of this chapter relating to merger or consolidation of domestic corporations, and each foreign corporation shall comply with the applicable provisions of the law of the jurisdiction under which it is incorporated. (c) The procedure for the merger of a subsidiary corporation or corporations under section 905 (Merger of parent and subsidiary corporations) shall be available where either a subsidiary corporation or the corporation owning at least ninety percent of the

outstanding shares of each class of a subsidiary is a foreign corporation, and such merger is permitted by the laws of the jurisdiction under which such foreign corporation is incorporated. (d) If the surviving or consolidated corporation is, or is to be, a domestic corporation, a certificate of merger or consolidation shall be signed and delivered to the department of state as provided in section 904 (Certificate of merger or consolidation; contents) or 905 (Merger of parent and subsidiary corporations), as the case may be. In addition to the matters specified in such sections, the certificate shall set forth as to each constituent foreign corporation the jurisdiction and date of its incorporation and the date when its application for authority to do business in this state was filed by the department of state, and its fictitious name used in this state pursuant to article thirteen of this chapter, if applicable, or, if no such application has been filed, a statement to such effect. (e) If the surviving or consolidated corporation is, or is to be, formed under the law of any jurisdiction other than this state: (1) It shall comply with the provisions of this chapter relating to foreign corporations if it is to do business in this state. (2) It shall deliver to the department of state a certificate, entitled "Certificate of merger (or consolidation) of and into (names of corporations) under section 907 of the Business Corporation Law", which shall be signed on behalf of each constituent domestic and foreign corporation. It shall set forth: (A) If the procedure for the merger or consolidation of a constituent domestic corporation was effected in compliance with sections 902 (Plan of merger or consolidation) and 903 (Authorization by shareholders), the following: (i) The statements required by subparagraphs (a) (1) and (2) of section 902. (ii) The effective date of the merger or consolidation if other than the date of filing of the certificate of merger or consolidation by the department of state. (iii) The manner in which the merger or consolidation was authorized with respect to each constituent domestic corporation and that the merger or consolidation is permitted by the laws of the jurisdiction of each constituent foreign corporation and is in compliance therewith. (B) If the procedure for the merger of a subsidiary corporation was effected in compliance with section 905, the following: (i) The statements required by subparagraphs (a) (1), (2), (4) and (5) of section 905. (ii) The effective date of the merger if other than the date of filing of the certificate of merger by the department of state. (iii) If the surviving foreign corporation is the parent corporation and such corporation does not own all the shares of a subsidiary domestic corporation being merged, either the date of the giving to holders of shares of each subsidiary domestic corporation not owned by the surviving foreign corporation of a copy of the plan of merger or an outline of the material features thereof, or a statement that the giving of such copy or outline has been waived, if such is the case. (iv) That the merger is permitted by the laws of the jurisdiction of each constituent foreign corporation and is in compliance therewith. (v) If the parent domestic corporation is not the surviving corporation, a statement that the proposed merger has been approved by the shareholders of the parent domestic corporation in accordance with paragraph (a) of section 903 (Authorization by shareholders). (C) The jurisdiction and date of incorporation of the surviving or consolidated foreign corporation, the date when its application for authority to do business in this state was filed by the department of state, and its fictitious name used in this state pursuant to article thirteen of this chapter, if applicable, or, if no such application has been filed, a statement to such effect and that it is not to do business in this state until an application for such authority shall have been filed by such department. (D) The date when the certificate of incorporation of each constituent domestic corporation was filed by the department of state and the jurisdiction and date of incorporation of each constituent foreign corporation, other than the surviving or consolidated foreign corporation, and, in the case of each such corporation authorized to do business in this state, the date when its application for authority was filed by the department of state. (E) An agreement that the surviving or consolidated foreign corporation may be served with process in this state in any action or special proceeding for the enforcement of any liability or obligation of any domestic corporation or of any foreign corporation, previously amenable to suit in this state, which is a constituent corporation in such merger or consolidation, and for the enforcement, as provided in this chapter, of the right of shareholders of any constituent domestic corporation to receive payment for their shares against the surviving or consolidated corporation. (F) An agreement that, subject to the provisions of section 623 (Procedure to enforce shareholder's right to receive payment for shares), the surviving or consolidated foreign corporation will promptly pay to the shareholders of each constituent domestic corporation the amount, if any, to which they shall be entitled under the provisions of this chapter relating to the right of shareholders to receive payment for their shares. (G) A designation of the secretary of state as its agent upon whom process against it may be served in the manner set forth in paragraph (b) of section 306 (Service of process), in any action or special proceeding, and a post office address, within or without this state, to which the secretary of state shall mail a copy of any process against it served upon him. Such post office address shall supersede any prior address designated as the address to which process shall be mailed. (H)(i) A certification that all fees and taxes (including penalties and interest) administered by the department of taxation and finance which are then due and payable by each constituent domestic corporation have been paid and that a cessation franchise tax report (estimated or final) through the anticipated date of the merger or consolidation (which return, if estimated, shall be subject to amendment) has been filed by each constituent domestic corporation and (ii) an agreement that the surviving or consolidated foreign corporation will within thirty days after the filing of the certificate of merger or consolidation file the cessation franchise

tax report, if an estimated report was previously filed, and promptly pay to the department of taxation and finance all fees and taxes (including penalties and interest), if any, due to the department of taxation and finance by each constituent domestic corporation. (f) Upon the filing of the certificate of merger or consolidation by the department of state or on such date subsequent thereto, not to exceed ninety days, as shall be set forth in such certificate, the merger or consolidation shall be effected. (g) The surviving or consolidated domestic corporation or foreign corporation shall thereafter cause a copy of such certificate, certified by the department of state, to be filed in the office of the clerk of each county in which the office of a constituent corporation other than the surviving corporation is located, and in the office of the official who is the recording officer of each county in this state in which real property of a constituent corporation, other than the surviving corporation, is situated. (h) If the surviving or consolidated corporation is, or is to be, formed under the law of this state, the effect of such merger or consolidation shall be the same as in the case of the merger or consolidation of domestic corporations under section 906 (Effect of merger or consolidation). If the surviving or consolidated corporation is, or is to be, incorporated under the law of any jurisdiction other than this state, the effect of such merger or consolidation shall be the same as in the case of the merger or consolidation of domestic corporations, except in so far as the law of such other jurisdiction provides otherwise”.

²³⁷⁸ La llamada junta universal puede tratar sobre “cualquier asunto”, pero esa conclusión se matiza en el sentido siguiente: “la afirmación -indudable- del carácter de junta general de aquella que se constituyera como universal, aboca a la consecuencia necesaria de que su competencia no ha de sufrir merma alguna (...). Sin embargo, esta conclusión no puede desconocer una importante matización. El legislador advierte expresamente la competencia de la junta universal también en aquellos supuestos en que pudiera causarse una mayor dificultad para su aceptación como sucedería en las llamadas modificaciones estructurales, que, en tales circunstancias, fueran acordadas por la asamblea totalitaria. Sin embargo, siendo posible que la (...) fusión sea acordada por la junta universal, por expresa decisión del legislador el acuerdo habrá de adoptarse por unanimidad, cosa que evidentemente no sucede respecto de cualquier otro que se alcanzara por la asamblea así constituida, dada la vigencia del principio mayoritario”, indica GARCÍA-CRUCES, J. A., “*Artículo 178 Junta Universal*”, en en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I., Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1288-1289; Sobre la junta universal para adoptar el acuerdo de fusión, GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 20-202; Artículo 178. “Junta universal”, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.: “1. La junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión. 2. La junta universal podrá reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero”.

²³⁷⁹ Indican GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 185.

²³⁸⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., op. cit. (*Capítulo 12. La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación de acuerdo de fusión*), p. 556.

²³⁸¹ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 185-186.

²³⁸² Así GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 186-188, ponen de manifiesto las dificultades de cumplir con el mandato legal que exige incluir en la convocatoria de la Junta general “las menciones mínimas del proyecto de fusión legalmente exigidas”, lo cual indican que “esto plantea un grave problema derivado del hecho de que entre ellas el art. 31 incluye los estatutos. Si la convocatoria se remite, no existe especial problema en enviarlos, pero si la ley (SA) o los estatutos exigen publicaciones, el transcribirlos en éstas supondría hacer unas publicaciones kilométricas y ruinosas. Esta no puede ser la interpretación correcta de la ley, no sólo porque las publicaciones sean inasumibles económicamente, sino sobre todo porque son inútiles y contraías al espíritu y finalidad de la ley. (...) existe, por una parte, un proyecto depositado, que incluye los estatutos, y que se publica el hecho de este depósito. Además existe un derecho de consulta y de pedir la remisión del proyecto y de estatutos, destacando las modificaciones estatutarias (art. 49.7)” (...). Creemos que, en general, no se pueden identificar las menciones mínimas (...) con la totalidad del proyecto, sinomque ha de tratarse de un resumen del contenido del proyecto que comprenda todas las menciones mínimas”. Respecto del “problema de la publicación de las modificaciones estatutarias”, indican, en p. 187, que “una vez establecido que no hay que publicar todos los estatutos, se plantea si en la convocatoria se deben expresar “con la debida claridad, los extremos de los estatutos que hayan de modificarse”, como exigían los arts. 144 LSA (...) (hoy el art. 287

LSC). Sobre estos artículos hay abundante doctrina de la DGRN, en la cual se insiste en la necesidad de especificar todos los cambios que se va a realizar, sin que basten menciones genéricas”.

²³⁸³ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 189-191.

²³⁸⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., op. cit. (*Capítulo 12. La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación de acuerdo de fusión*), p. 556.

²³⁸⁵ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 192, que precisan: “Lo cual es coherente con el consentimiento que exige el art. 89 LSC para la creación y modificación de prestaciones accesorias”; También MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., op. cit. (*Capítulo 12. La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación de acuerdo de fusión*), p. 569.

²³⁸⁶ Según GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 193, entienden que “se incluyen las ventajas de fundadores y bonos de disfrute, pero no los derechos de los obligacionistas, pues éstos están amparados por el derecho de oposición”.

²³⁸⁷ Indican GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 193, que añade, “aunque este artículo 293 habla de mayoría, ha de entenderse que se debe aplicar el mismo régimen de quorums y mayorías que para la modificación de los estatutos”.

²³⁸⁸ Según la MBCA, Sección 11.04, “in the case of a domestic corporation that is a party to a merger or share exchange: (...) (b) Except as provided in subsection (g) and in section 11.05, after adopting the plan of merger (...) the board of directors must submit the plan to the shareholders for their approval (...). (d) If the plan of merger or share exchange is required to be approved by the shareholders, and if the approval is to be given at a meeting, the corporation must notify each shareholder, whether or not entitled to vote, of the meeting of shareholders at which the plan is to be submitted for approval. The notice must state that the purpose, or one of the purposes, of the meeting is to consider the plan and must contain or be accompanied by a copy or summary of the plan. If the corporation is to be merged into an existing corporation or other entity, the notice shall also include or be accompanied by a copy or summary of the articles of incorporation or organizational documents of that corporation or other entity. If the corporation is to be merged into a corporation (...) that is to be created pursuant to the merger, the notice shall include or be accompanied by a copy or a summary of the articles of incorporation or organizational documents of the new corporation (...). e) Unless the articles of incorporation, or the board of directors acting pursuant to subsection (c), requires a greater vote or a greater number of votes to be present, approval of the plan of merger or share exchange requires the approval of the shareholders at a meeting at which a quorum consisting of at least a majority of the votes entitled to be cast on the plan exists, and, if any class or series of shares is entitled to vote as a separate group on the plan of merger or share exchange, the approval of each such separate voting group at a meeting at which a quorum of the voting group consisting of at least a majority of the votes entitled to be cast on the merger or share exchange by that voting group is present”.

²³⁸⁹ En términos equivalente se pronuncia la sección 251 (c) de la Delaware General Corporation Law, según la cual: “The agreement required by subsection (b) of this section shall be submitted to the stockholders of each constituent corporation at an annual or special meeting for the purpose of acting on the agreement. Due notice of the time, place and purpose of the meeting shall be mailed to each holder of stock, whether voting or nonvoting, of the corporation at the stockholder’s address as it appears on the records of the corporation, at least 20 days prior to the date of the meeting. The notice shall contain a copy of the agreement or a brief summary thereof, as the directors shall deem advisable. At the meeting, the agreement shall be considered and a vote taken for its adoption or rejection. If a majority of the outstanding stock of the corporation entitled to vote thereon shall be voted for the adoption of the agreement, that fact shall be certified on the agreement by the secretary or assistant secretary of the corporation, provided that such certification on the agreement shall not be required if a certificate of merger or consolidation is filed in lieu of filing the agreement. If the agreement shall be so adopted and certified by each constituent corporation, it shall then be filed and shall become effective, in accordance with § 103 of this title. In lieu of filing the agreement of merger or consolidation required by this section, the surviving or resulting corporation may file a certificate of merger or consolidation, executed in accordance with § 103 of this title, which states: (1) The name and state of incorporation of each of the constituent corporations; (2) That an agreement of merger or consolidation has been approved, adopted, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with this section; (3) The name of the surviving or resulting corporation; (4) In the case of a merger, such amendments or changes in the certificate of incorporation of the surviving corporation as are desired to be effected by the merger, or, if no such amendments or changes are desired, a statement that the certificate of incorporation of the surviving corporation shall be its certificate of incorporation; (5) In the case of a consolidation, that the certificate of incorporation of the resulting

corporation shall be as set forth in an attachment to the certificate; (6) That the executed agreement of consolidation or merger is on file at an office of the surviving corporation, stating the address thereof; and (7) That a copy of the agreement of consolidation or merger will be furnished by the surviving corporation, on request and without cost, to any stockholder of any constituent corporation”. Ha de tomarse en consideración que según la sección 252(c) de aquella norma : “The agreement shall be adopted, approved, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed, and, in the case of a Delaware corporation, in the same manner as is provided in § 251 of this title. The agreement shall be filed and shall become effective for all purposes of the laws of this State when and as provided in § 251 of this title with respect to the merger or consolidation of corporations of this State”; Asimismo la New York Business Corporation Law, sección 903 (NY Code - Section 903: Authorization by shareholders), establece lo siguiente: “ The board of each constituent corporation, upon adopting such plan of merger or consolidation, shall submit such plan to a vote of shareholders in accordance with the following: (1) Notice of meeting shall be given to each shareholder of record, as of the record date fixed pursuant to section 604 (Fixing record date), whether or not entitled to vote. A copy of the plan of merger or consolidation or an outline of the material features of the plan shall accompany such notice. (2) The plan of merger or consolidation shall be adopted at a meeting of shareholders by (i) for corporations in existence on the effective date of this clause the certificate of incorporation of which expressly provides such or corporations incorporated after the effective date of subclause (A) of clause (ii) of this subparagraph, a majority of the votes of the shares entitled to vote thereon or (ii) for other corporations in existence on the effective date of this clause, two-thirds of the votes of all outstanding shares entitled to vote thereon. Notwithstanding any provision in the certificate of incorporation, the holders of shares of a class or series of a class shall be entitled to vote together and to vote as a separate class if both of the following conditions are satisfied: (A) such shares will remain outstanding after the merger or consolidation or will be converted into the right to receive shares of stock of the surviving or consolidated corporation or another corporation, and (B) the certificate or articles of incorporation of the surviving or consolidated corporation or of such other corporation immediately after the effectiveness of the merger or consolidation would contain any provision which, is not contained in the certificate of incorporation of the corporation and which, if contained in an amendment to the certificate of incorporation, would entitle the holders of shares of such class or such one or more series to vote and to vote as a separate class thereon pursuant to section 804 (Class voting on amendment). In such case, in addition to the authorization of the merger or consolidation by the requisite number of votes of all outstanding shares entitled to vote thereon pursuant to the first sentence of this subparagraph (2), the merger or consolidation shall be authorized by a majority of the votes of all outstanding shares of the class entitled to vote as a separate class. If any provision referred to in subclause (B) of clause (ii) of this subparagraph would affect the rights of the holders of shares of only one or more series of any class but not the entire class, then only the holders of those series whose rights would be affected shall together be considered a separate class for purposes of this section. (b) Notwithstanding shareholder authorization and at any time prior to the filing of the certificate of merger or consolidation, the plan of merger or consolidation may be abandoned pursuant to a provision for such abandonment, if any, contained in the plan of merger or consolidation”.

²³⁹⁰ La Sección 11.04 MBCA también indica “(f) Separate voting by voting groups is required: (1) on a plan of merger, by each class or series of shares that: (i) are to be converted under the plan of merger into other securities, interests, obligations, rights to acquire shares, other securities or interests, cash, other property, or any combination of the foregoing; or (ii) would be entitled to vote as a separate group on a provision in the plan that, if contained in a proposed amendment to articles of incorporation, would require action by separate voting groups under section 10.04; (...); and (3) on a plan of merger or share exchange, if the voting group is entitled under the articles of incorporation to vote as a voting group to approve a plan of merger or share exchange (...)”(h) If as a result of a merger (...) one or more shareholders of a domestic corporation would become subject to owner liability for the debts, obligations or liabilities of any other person or entity, approval of the plan of merger (...) shall require the execution, by each such shareholder, of a separate written consent to become subject to such owner liability”.

²³⁹¹ Según la cual: “(1) An issuance of shares or other securities convertible into or rights exercisable for shares, in a transaction or a series of integrated transactions, requires approval of the shareholders, at a meeting at which a quorum consisting of at least a majority of the votes entitled to be cast on the matter exists, if: (i) the shares, other securities, or rights are issued for consideration other than cash or cash equivalents, and (ii) the voting power of shares that are issued and issuable as a result of the transaction or series of integrated transactions will comprise more than 20 percent of the voting power of the shares of the corporation that were outstanding immediately before the transaction”.

²³⁹² Comentario Oficial a la sección 11.04, apartado 1, primer párrafo que indica que “under section 11.04, a plan of merger (...) must be adopted by the board. Thereafter, the board must submit the plan to the

shareholders for their approval, unless the conditions stated in section 11.04(g) or section 11.05 are satisfied. (...). A plan of merger must always be approved by the shareholders of a corporation that is merged into another party in a merger, unless the corporation is a subsidiary and the merger falls within section 11.05. However, under section 11.04(g) approval of a plan of merger (...) by the shareholders of a surviving corporation in a merger (...) is not required if the conditions stated in that section, including the fundamental rule of section 6.21(f), are satisfied”.

²³⁹³ La sección 7.27 regula “Greater Quorum or Voting Requirements”.

²³⁹⁴ Comentario Oficial a la sección 11.04, punto 1, tercero y cuarto párrafos que indica que “provides that a class or series has a right to vote on a plan of merger as a separate voting group if, pursuant to the merger, the class or series would be converted into other securities, eligible interests, obligations, rights to acquire shares, other securities or eligible interests, cash, or other property. A class or series also is entitled to vote as a separate voting group if the class or series would be entitled to vote as a separate group on a provision in the plan that, if contained in an amendment to the articles of incorporation, would require approval by that class or series, voting as a separate voting group, under section 10.04. Under this latter requirement, a class or series will be entitled to vote as a separate voting group if the terms of that class or series are being changed or the shares of that class or series are being converted into shares of any other class or series. Where the surviving entity is a foreign business corporation, it is not intended that immaterial changes in the terms of a class or series that conform to the usage of the laws of the foreign jurisdiction will alone create an entitlement to vote as a separate group”. Precisándose que “under section 10.04, and therefore under section 11.04(f), if a change that requires voting by separate voting groups affects two or more classes or two or more series in the same or a substantially similar way, the relevant classes or series vote together rather than separately, on the change. If separate voting by voting groups is required for a merger or a share exchange under section 11.04(f), it will not be excused by section 11.04(g). If a merger would amend the articles of incorporation in such a way as to affect the voting requirements on future amendments, the transaction must also be approved by the vote required by section 7.27”.

²³⁹⁵ La sección 7.25 regula “Quorum and Voting Requirements for Voting Groups”.

²³⁹⁶ La sección 7.26 regula “Action by Single and Multiple Voting Groups”.

²³⁹⁷ La sección 7.04 regula “Action Without Meeting” y su extension excusa su reproducción.

²³⁹⁸ Comentario Oficial a la sección 11.04, punto 3 que indica que “provides that approval of a plan of merger (...) requires approval of the shareholders at a meeting at which a quorum consisting of a majority of the votes entitled to be cast on the plan exists and, if any class or series of shares are entitled to vote as a separate group on the plan, the approval of each such separate group at a meeting at which a quorum consisting of at least a majority of the votes entitled to be cast on the plan by that class or series exists. If a quorum is present, then under sections 7.25 and 7.26 the plan will be approved if more votes are cast in favor of the plan than against it by the voting group or separate voting groups entitled to vote on the plan. This represents a change from the Act’s previous voting rule for mergers and share exchanges, which required approval by a majority of outstanding shares”, teniéndose en cuenta que “in lieu of approval at a shareholders’ meeting, approval can be given by the consent of all the shareholders entitled to vote on the merger or share exchange, under the procedures set forth in section 7.04”.

²³⁹⁹ Según GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 196-197, el acuerdo habrá de versar sobre: a) “la aprobación del proyecto de fusión. el artículo 228 RRM exige la expresión en el acuerdo de cada una de las menciones del proyecto, lo que parece reiterativo, dada la publicidad dada al mismo y su depósito, y que, en principio, no cabe modificar en el acuerdo las menciones del proyecto de fusión (...). La simple aprobación del proyecto de fusión depositado debe ser suficiente”; b) “la aprobación del balance de fusión”; c) “la identidad de los administradores y en su caso de los auditores. Esto no viene exigido ni por la LME ni por el RRM, pero se deduce del art. 39 LME. No será necesario en el caso de que sea una fusión por absorción y se mantengan en sus cargos los administradores de la absorbida sin cambio alguno”

²⁴⁰⁰ La Sección 11.06 MBCA indica “a) After a plan of merger or share exchange has been adopted and approved as required by this Act, articles of merger or share exchange shall be executed on behalf of each party to the merger or share exchange by any officer or other duly authorized representative. The articles shall set forth: (1) the names of the parties to the merger or share exchange; (2) if the articles of incorporation of the survivor of a merger are amended, or if a new corporation is created as a result of a merger, the amendments to the survivor’s articles of incorporation or the articles of incorporation of the new corporation; (3) if the plan of merger (...) required approval by the shareholders of a domestic corporation that was a party to the merger or share exchange, a statement that the plan was duly approved by the

shareholders and, if voting by any separate voting group was required, by each such separate voting group, in the manner required by this Act and the articles of incorporation; (4) if the plan of merger or share exchange did not require approval by the shareholders of a domestic corporation that was a party to the merger or share exchange, a statement to that effect; and (5) as to each foreign corporation or eligible entity that was a party to the merger or share exchange, a statement that the participation of the foreign corporation or eligible entity was duly authorized as required by the organic law of the corporation”.

²⁴⁰¹ La Sección 252.c Delaware GCL señala “the agreement shall be adopted, approved, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed, and, in the case of a Delaware corporation, in the same manner as is provided in § 251 of this title. The agreement shall be filed and shall become effective for all purposes of the laws of this State when and as provided in § 251 of this title with respect to the merger or consolidation of corporations of this State”. Por otra parte, en su apartado (b), determina lo siguiente: “All the constituent corporations shall enter into an agreement of merger or consolidation. The agreement shall state: (1) The terms and conditions of the merger or consolidation; (2) the mode of carrying the same into effect; (3) the manner, if any, of converting the shares of each of the constituent corporations into shares or other securities of the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation, or of cancelling some or all of such shares, and, if any shares of any of the constituent corporations are not to remain outstanding, to be converted solely into shares or other securities of the surviving or resulting corporation or to be cancelled, the cash, property, rights or securities of any other corporation or entity which the holders of such shares are to receive in exchange for, or upon conversion of, such shares and the surrender of any certificates evidencing them, which cash, property, rights or securities of any other corporation or entity may be in addition to or in lieu of the shares or other securities of the surviving or resulting corporation; (4) such other details or provisions as are deemed desirable, including, without limiting the generality of the foregoing, a provision for the payment of cash in lieu of the issuance or recognition of fractional shares of the surviving or resulting corporation or of any other corporation the securities of which are to be received in the merger or consolidation, or for some other arrangement with respect thereto consistent with § 155 of this title; and (5) such other provisions or facts as shall be required to be set forth in certificates of incorporation by the laws of the state which are stated in the agreement to be the laws that shall govern the surviving or resulting corporation and that can be stated in the case of a merger or consolidation. Any of the terms of the agreement of merger or consolidation may be made dependent upon facts ascertainable outside of such agreement, provided that the manner in which such facts shall operate upon the terms of the agreement is clearly and expressly set forth in the agreement of merger or consolidation”.

²⁴⁰² La Sección 904 NY Code señala que “(a) After adoption of the plan of merger or consolidation by the board and shareholders of each constituent corporation, unless the merger or consolidation is abandoned in accordance with paragraph (b) of section 903 (Authorization by shareholders), a certificate of merger or consolidation, entitled “Certificate of merger (or consolidation) ofand into (names of corporations) under section 904 of the Business Corporation Law”, shall be signed on behalf of each constituent corporation and delivered to the department of state. It shall set forth: (1) The statements required by subparagraphs (a) (1), (2) and (4) of section 902 (Plan of merger or consolidation). (2) The effective date of the merger or consolidation if other than the date of filing of the certificate of merger or consolidation by the department of state. (3) In the case of consolidation, any statement required to be included in a certificate of incorporation for a corporation formed under this chapter but which was omitted under subparagraph (a) (4) of section 902. (4) The date when the certificate of incorporation of each constituent corporation was filed by the department of state. (5) The manner in which the merger or consolidation was authorized with respect to each constituent corporation. (b) The surviving or consolidated corporation shall thereafter cause a copy of such certificate, certified by the department of state, to be filed in the office of the clerk of each county in which the office of a constituent corporation, other than the surviving corporation, is located, and in the office of the official who is the recording officer of each county in this state in which real property of a constituent corporation, other than the surviving corporation, is situated”.

²⁴⁰³ Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre. Parte. Marco conceptual de la Contabilidad. 3º Principios contables .6. Importancia relativa.

²⁴⁰⁴ A su vez, según la NIC 1, las característica general de los estados financieros de “Materialidad o importancia relativa y agrupación de datos”, supone que “una entidad presentará de forma separada cada clase de partidas similares que tenga importancia relativa. Una entidad presentará de forma separada las partidas de naturaleza o función distinta, a menos que no sean materiales o no cumplan el requisito de importancia relativa. Los estados financieros son el producto que se obtiene del procesamiento de un gran número de transacciones y otros sucesos, que se agrupan por clases de acuerdo con su naturaleza o función. La etapa final del proceso de agregación y clasificación es la presentación de datos condensados y clasificados, que constituirán el contenido de los estados financieros. Si una partida concreta no fuese material o no tuviera

importancia relativa por sí sola, se agregará con otras partidas, ya sea en los estados financieros o en las notas. Una partida, que no tenga la suficiente materialidad o importancia relativa como para requerir presentación separada en esos estados financieros, puede requerir presentación separada en las notas. Una entidad no necesita revelar una información específica requerida por una NIIF si esa información carece de importancia relativa”.

²⁴⁰⁵ Así en el artículo 102 del Código de las Sociedade Portugés: “Reunião da assembleia. 1 - Reunida a assembleia, a administração começará por declarar expressamente se desde a elaboração do projecto de fusão houve mudança relevante nos elementos de facto em que ele se baseou e, no caso afirmativo, quais as modificações do projecto que se tornam necessárias. 2 - Tendo havido mudança relevante, nos termos do número anterior, a assembleia delibera se o processo de fusão deve ser renovado ou se prossegue na apreciação da proposta. 3 - A proposta apresentada às várias assembleias deve ser rigorosamente idêntica; qualquer modificação introduzida pela assembleia considera-se rejeição da proposta, sem prejuízo da renovação desta. 4 - Qualquer sócio pode, na assembleia, exigir as informações sobre as sociedades participantes que forem indispensáveis para se esclarecer acerca da proposta de fusão. 5 - Os órgãos de administração das sociedades participantes prestam informações, reciprocamente, antes da data da respectiva assembleia geral, acerca de qualquer mudança relevante nos elementos de facto em que se baseou o projecto de fusão”; Artículo 2502 del Código Civil italiano: “Decisione in ordine alla fusione. La fusione e' decisa da ciascuna delle societa' che vi partecipano mediante approvazione del relativo progetto. Se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, tale approvazione avviene, nelle societa' di persone, con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili, salva la facoltà di recesso per il socio che non abbia consentito alla fusione e, nelle societa' di capitali, secondo le norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto. La decisione di fusione puo' apportare al progetto di cui all'articolo 2501-ter solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi; En cierto sentido podría deducirse del Umwandlungsgesetz (UmwG), § 7 Kündigung des Verschmelzungsvertrags: “Ist der Verschmelzungsvertrag unter einer Bedingung geschlossen worden und ist diese binnen fünf Jahren nach Abschluß des Vertrags nicht eingetreten, so kann jeder Teil den Vertrag nach fünf Jahren mit halbjähriger Frist kündigen; im Verschmelzungsvertrag kann eine kürzere Zeit als fünf Jahre vereinbart werden. Die Kündigung kann stets nur für den Schluß des Geschäftsjahres des Rechtsträgers, dem gegenüber sie erklärt wird, ausgesprochen werden”.

²⁴⁰⁶ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 482, que ofrece las siguientes razones: “Supone un desconocimiento de la práctica de las fusiones de sociedades y comporta un encarecimiento enorme de la realización de las mismas. La exigencia de reiniciar el procedimiento de fusión es contraria, en todo caso, al movimiento favorable a la simplificación del mismo. Implica también, un desconocimiento del alcance del proyecto de fusión, éste es, (...), una propuesta con base en la cual se adoptará la decisión de las Juntas de socios (...). Supondría, en definitiva, una retracción de la autonomía de la voluntad de las sociedades; la Junta de socios es el órgano soberano; la decisión de los socios conserva el papel central en el procedimiento de fusión entraría en clara contradicción con la tendencia a la revitalización de la Junta de socios dentro de la reforma del gobierno corporativo y también en el marco de la Unión Europea. Y finalmente ¿para qué serviría lo dispuesto en el art. 39.3 LME? En todo caso (...) la previsión contenida en el mismo debería situarse en el art. 40 LME relativo al acuerdo de fusión”.

²⁴⁰⁷ MORALES, I., “Artículo 182. Asistencia telemática”, en Comentario a la Ley de sociedades de capital, t.I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 1310.

²⁴⁰⁸ LARGO GIL, R., op. cit. (*La fase previa y el proyecto de fusión*), p. 483.

²⁴⁰⁹ Así lo entienden GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 198-200; Según MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., op. cit. (*Capítulo 12. La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación de acuerdo de fusión*), pp. 557-558, “si se quiere continuar con el mismo proceso, de manera que valga el depósito del proyecto ya hecho, los informes y el balance de fusión, hay que aprobar el proyecto sin modificaciones. Cualquier modificación supone su rechazo y, por tanto, supone reiniciar el proceso, con un nuevo preyecto en cuya negociación los administradores harían constar las modificaciones acordadas por las juntas de socios”, lo que no le impide afirmar, en p. 564, que aquella previsión legislativa del artículo 40.1 de la Ley 3/2009, supone una “solución excesivamente rígida”.

²⁴¹⁰ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 200, en donde advierten que aquella posibilidad tiene sus límites, “no es posible dejar una multitud de opciones a la Junta general para que decida en el sentido más conveniente en diversas materias. Y no porque no sea competencia de los administradores esa determinación, sino porque los socios y demás interesados deben poder examinar un proyecto de fusión determinado, no abierto, para poder formarse una opinión y ejercer en su caso sus derechos”.

²⁴¹¹ En ese sentido GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 199.

²⁴¹² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., op. cit. (*Capítulo 12. La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación de acuerdo de fusión*), p. 556.

²⁴¹³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., op. cit. (*Capítulo 12. La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación de acuerdo de fusión*), p. 556.

²⁴¹⁴ Ejemplo de esa publicación es el siguiente anuncio: “SONY EUROPE LIMITED (SOCIEDAD ABSORBENTE) SONY ESPAÑA, S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL (SOCIEDAD ABSORBIDA) Publicado en el BORME núm. 248, de 29 de diciembre de 2010, “Anuncio de fusión transfronteriza comunitaria. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.1 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (“en adelante, la ‘Ley de Modificaciones Estructurales’”), aplicable por remisión de lo dispuesto en el artículo 66.1 de la referida ley, se hace público que el accionista único de Sony Europe Limited y el accionista único de Sony España, S.A.U., decidieron en fecha 20 de diciembre de 2010 aprobar la fusión transfronteriza comunitaria de las referidas sociedades mediante la absorción de Sony España, S.A.U., por parte de Sony Europe Limited, con la disolución sin liquidación de la Sociedad Absorbida, Sony España, S.A.U., y el traspaso en bloque de todo su patrimonio social a favor de la Sociedad Absorbente, Sony Europe Limited, en el momento de efectividad, esto es, a las 23.59 horas del día 31 de marzo de 2011, según se dispone en el Proyecto Común de Fusión de fecha 24 de septiembre de 2010, depositado en el Registro Mercantil de Barcelona en fecha 14 de octubre de 2010 y en el Registro de Sociedades para Inglaterra y el País de Gales (“Registrar of Companies for England and Wales”) en fecha 15 de octubre de 2010, y aprobado por los referidos accionista único de Sony Europe Limited y el accionista único de Sony España, S.A.U., en fecha 20 de diciembre de 2010 con ocasión de la aprobación de la fusión transfronteriza comunitaria que por el presente se hace pública. Se hace constar expresamente el derecho de los accionistas y acreedores de las sociedades participantes en la fusión descrita a obtener el texto íntegro de las decisiones de fusión consignadas, así como los balances de fusión. Del mismo modo, se deja pública constancia del derecho de los acreedores de las sociedades intervinientes a oponerse a la citada operación en el plazo y en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales, aplicable por remisión del artículo 66.1 de la referida ley. Asimismo, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 66.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales, se hace constar que se podrá obtener, sin gastos, información exhaustiva sobre las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores y, cuando proceda, de los socios en el domicilio social de Sony Europe Limited, esto es, c/o Legal Department, The Heights, Brooklands, Weybridge, Surrey KT13 0XW, Reino Unido, en cuanto a la Sociedad Absorbente, y, asimismo, en el domicilio social de Sony España, S.A.U., esto es, Avenida Diagonal, número 633, 08028 Barcelona, España, en cuanto a la Sociedad Absorbida. Barcelona, 23 de diciembre de 2010.- Don Jesús Huici Larrea, Secretario del Consejo de Administración de Sony España, S.A.U.

²⁴¹⁵ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., op. cit. (*Capítulo 12. La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación de acuerdo de fusión*), p. 563.

²⁴¹⁶ A esa problemática aluden GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 203-204.

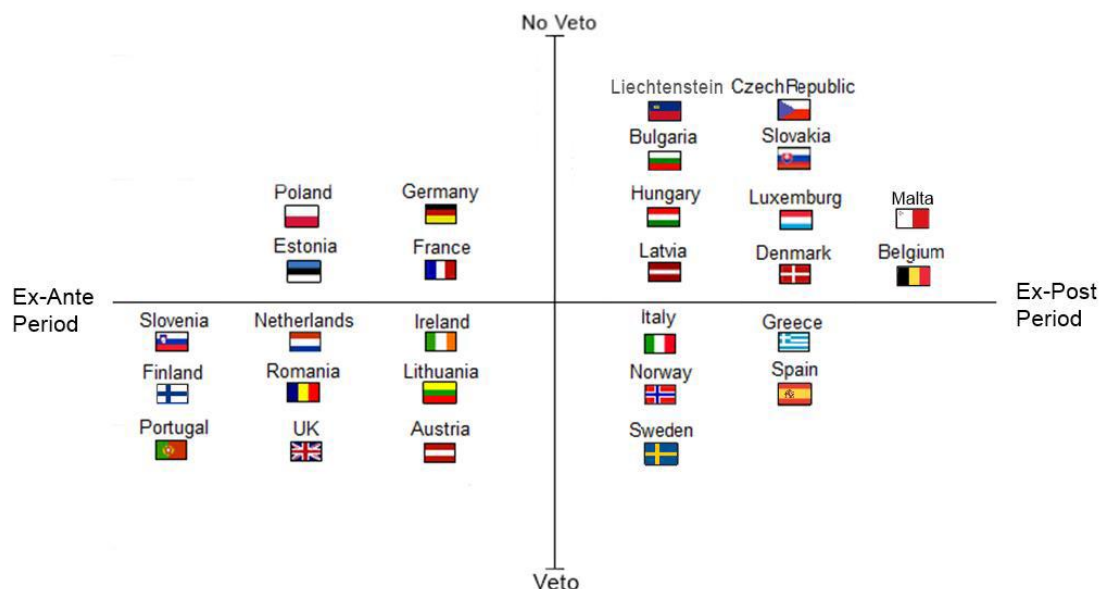
²⁴¹⁷ Según el cual “hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe”.

²⁴¹⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 204, indicando que par el caso de comunicación individual debe exigirse, “que los administradores amanifiesten que han rfemnirtido al comunicación a todos los acreedores, de acuerdo cob la contabilidad de la sociedad y su conocimiento; que declaren asimismo que se ha remitido a todos los socios que constan en el libro registro, que manifieste el contenido de la comunicación y declaren el concreto medio por el que se ha realizado la comunicación y en particular la fecha de remisión de la última de las comunicaciones. Esto último es imprescindible, pues el plazo para el ejercicio del derecho de oposición se cuenta desde esa fecha y, si no, no se puede comprobar que ha transcurrido el mismo”.

²⁴¹⁹ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 204.

²⁴²⁰ Sobre el momento en que comienza la protección de los acreedores, en os estado miembros de la Unión Europea, si es “ex ante” o “ex post” de la reunión de la Junta General de accionistas, y la eficacia de su oposición al acuetdo de fusión, en LEXIDALE/BECH-BRUUN, op. cit. (*Study on the Application of the Cross-*

Border Mergers Directive), p. 54, se incluye la “Figure 7 – Member States Are Evenly Divided Between the Ex-Ante and Ex-Post Period for Creditor Protection. Grouping of Member States based on whether they provide for ‘Ex-Post’ or ‘Ex-Ante’ protection and whether creditors can block the CBM”, siguiente:



²⁴²¹ Artigo 101.º-A. Oposição dos credores, del Código das Sociedades Comerciais: “No prazo de um mês após a publicação do registo do projecto, os credores das sociedades participantes cujos créditos sejam anteriores a essa publicação podem deduzir oposição judicial à fusão, com fundamento no prejuízo que dela derive para a realização dos seus direitos, desde que tenham solicitado à sociedade a satisfação do seu crédito ou a prestação de garantia adequada, há pelo menos 15 dias, sem que o seu pedido tenha sido atendido”;

²⁴²² ESCRIBANO GAMIR, R. C., “*Derecho de oposición de los acreedores sociales*”, en *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, t I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2009, pp. 604-605.

²⁴²³ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 207.

²⁴²⁴ ESCRIBANO GAMIR, R. C., op. cit. (*Derecho de oposición de los acreedores sociales*), p. 606.

²⁴²⁵ “La escritura de emisión señala la situación del obligacionista frente a la sociedad, en tanto que mímembro de la asociación de defensa o Sindicato como individualmente”, precisan SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. op. cit. (*Instituciones de Derecho Mercantil*, v. I), p. 839; También TAPIA HERMIDA, A., “*La emisión de obligaciones*”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, v. III, *Modificaciones de Estatutos, Aumento y Reducción de Capital, Obligaciones*. Editorial civitas, S. A., Madrid 1994, pp. 1055 ss.; DOMINGUEZ GARCÍA, M. A., “*La emisión de Obligaciones por Sociedades anónimas*”, RdS, Colección Monografía, Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona 1994, pp. 17 ss.; VALPUESTA, E., “*artículo 401. “Sociedad emisora”*”, en *Comentario a la Ley de sociedades de capital*, t.I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, pp. 217151 ss; IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., op. cit. (*Lección 25. Las Modificaciones estructurales de las Sociedades*), pp. 489 ss.; Artigo 101.º-C, Credores obrigacionistas, del Código das Sociedades Comerciais: 1 - O disposto nos artigos 101.º-A e 101.º-B é aplicável aos credores obrigacionistas, com as alterações estabelecidas nos números seguintes. 2 - Devem efectuar-se assembleias dos credores obrigacionistas de cada sociedade para se pronunciarem sobre a fusão, relativamente aos possíveis prejuízos para esses credores, sendo as deliberações tomadas por maioria absoluta dos obrigacionistas presentes e representados. 3 - Se a assembleia não aprovar a fusão, o direito de oposição deve ser exercido colectivamente através de um representante por ela eleito. 4 - Os portadores de obrigações ou outros títulos convertíveis em acções ou obrigações com direito de subscrição de acções gozam, relativamente à fusão, dos direitos que lhes tiverem sido atribuídos para essa hipótese, gozando do direito de oposição, nos termos deste artigo, se nenhum direito específico lhes tiver sido atribuído”.

²⁴²⁶ STJUE de 10 de noviembre de 2011, asuntos acumulados C-259/10 y C-260/10, The Rank Group.

²⁴²⁷ ESCRIBANO GAMIR, R. C., op. cit. (*Derecho de oposición de los acreedores sociales*), pp. 610-613.

²⁴²⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 208.

²⁴²⁹ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 209, que precisan, “esto es criticable pues el titular de créditos vencidos, sobre todo si no tiene un título ejecutivo, puede estar en peor posición que los titulares de otros créditos no vencidos. Supone además perjudicar a los acreedores que otorguen al deudor un plazo más largo para apagar, y a los que no acuden de manera inmediata a la ejecución en caso de retraso”.

²⁴³⁰ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 209.

²⁴³¹ ESCRIBANO GAMIR, R. C., op. cit. (*Derecho de oposición de los acreedores sociales*), p. 629.

²⁴³² ESCRIBANO GAMIR, R. C., op. cit. (*Derecho de oposición de los acreedores sociales*), p. 634.

²⁴³³ ESCRIBANO GAMIR, R. C., op. cit. (*Derecho de oposición de los acreedores sociales*), p. 632.

²⁴³⁴ Umwandlungsgesetz (UmwG) § 22 Gläubigerschutz: “(1) Den Gläubigern der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger ist, wenn sie binnen sechs Monaten nach dem Tag, an dem die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes desjenigen Rechtsträgers, dessen Gläubiger sie sind, nach § 19 Abs. 3 bekannt gemacht worden ist, ihren Anspruch nach Grund und Höhe schriftlich anmelden, Sicherheit zu leisten, soweit sie nicht Befriedigung verlangen können. Dieses Recht steht den Gläubigern jedoch nur zu, wenn sie glaubhaft machen, daß durch die Verschmelzung die Erfüllung ihrer Forderung gefährdet wird. Die Gläubiger sind in der Bekanntmachung der jeweiligen Eintragung auf dieses Recht hinzuweisen. (2) Das Recht, Sicherheitsleistung zu verlangen, steht Gläubigern nicht zu, die im Falle der Insolvenz ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben, die nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichtet und staatlich überwacht ist”; Artigo 101.º-B del Código das Sociedades Comerciais: “Efeitos da oposição 1 - A oposição judicial deduzida por qualquer credor impede a inscrição definitiva da fusão no registo comercial até que se verifique algum dos seguintes factos: a) Haver sido julgada improcedente, por decisão com trânsito em julgado, ou, no caso de absolvição da instância, não ter o oponente intentado nova acção no prazo de 30 dias; b) Ter havido desistência do oponente; c) Ter a sociedade satisfeito o oponente ou prestado a caução fixada por acordo ou por decisão judicial; d) Haver o oponente consentido na inscrição; e) Ter sido consignada em depósito a importância devida ao oponente. 2 - Se julgar procedente a oposição, o tribunal determina o reembolso do crédito do oponente ou, não podendo este exigi-lo, a prestação de caução. 3 - O disposto no artigo anterior e nos n.os 1 e 2 do presente artigo não obsta à aplicação das cláusulas contratuais que atribuem ao credor o direito à imediata satisfação do seu crédito, se a sociedade devedora se fundir”.

²⁴³⁵ ESCRIBANO GAMIR, R. C., op. cit. (*Derecho de oposición de los acreedores sociales*), p. 636, que precisa que aceptar su eficacia limitada solo frente a quienes han llevado cabo la oposición “es una posibilidad difícil de mantener, pues no caeríamos a saber como sería posible articular la fusión en este caso sin causar importantes perjuicios. Tampoco sería posible seguir la modificación estructural apartando de l proceso a la sociedad afectada (si fuera u n caso aislado), toda vez que ello entrañaría una alteración sustancial del proyecto y del acuerdo mismo”.

²⁴³⁶ ESCRIBANO GAMIR, R. C., op. cit. (*Derecho de oposición de los acreedores sociales*), p. 640, que para el caso d e inexistencia d e la deuda precisa que “cabe que la sociedad rechace la oposición” pro eu en ese caso “deberá pedir al juez la ddeclración d e inexistencia deñl derechoi de oposición, a través de un procedimiento declarativo. Para ello, deberá alegar que no concurrenso prsupuestos ex lege o bien, que falta su causa; esto es inexistencia de crf’dito alguno (cuasa efficiens)”.

²⁴³⁷ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 403.

²⁴³⁸ Considerando 4 de la Directiva 2009/101.

²⁴³⁹ La Sección 11.06 MBCA señala expresamente “after a plan of merger (...) has been adopted and approved as required by this Act, articles of merger (...) shall be executed on behalf of each party to the merger (...) by any officer or other duly authorized representative”.

²⁴⁴⁰ Comentario Oficial a la sección 11.06 que indica ““the filing of articles of merger or share exchange makes the transaction a matter of public record”.

²⁴⁴¹ La Sección 251 de la Delaware GCL señala “the agreement shall be adopted, approved, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with the laws under which it is formed, and, in the case of a Delaware corporation, in the same manner as is provided in § 251 of this title”, y que “If a majority of the outstanding stock of the corporation entitled to vote thereon shall be voted for the adoption of the agreement, that fact shall be certified on the agreement by the secretary or assistant secretary of the corporation, provided that such certification on the agreement shall not be required if a certificate of merger or consolidation is filed in lieu of filing the agreement. If the agreement shall be so adopted and certified by each constituent corporation, it shall then be filed and shall become effective, in accordance with § 103 of this title. In lieu of filing the agreement of merger or consolidation required by this section, the surviving or resulting corporation may file a certificate of merger or consolidation, executed in accordance with § 103 of this title”.

²⁴⁴² La Sección 904 del NY Code señala “after adoption of the plan of merger or consolidation by the board and shareholders of each constituent corporation, unless the merger or consolidation is abandoned in accordance with paragraph (b) of section 903 (Authorization by shareholders), a certificate of merger or consolidation, entitled “Certificate of merger (or consolidation) ofand into (names of corporations) under section 904 of the Business Corporation Law”, shall be signed on behalf of each constituent corporation and delivered to the department of state”.

²⁴⁴³ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 214-215.

²⁴⁴⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Capítulo 14. La fase de ejecución (Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación)”, en en *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, t I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2009, p. 647.

²⁴⁴⁵ Umwandlungsgesetz (UmwG) § 6 Form des Verschmelzungsvertrags . “Der Verschmelzungsvertrag muß notariell beurkundet werden”; Artículo 12, del Decreto Legislativo de 30 de mayo de 2008, n. 108, Attuazione della direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capital, “Atto di fusione transfrontaliera. 1. La fusione transfrontaliera risulta da atto pubblico. 2. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società italiana il notaio redige l'atto pubblico di fusione di cui all'articolo 2504 del codice civile, espletato il controllo di legittimità di cui all'articolo 13, comma 1. 3. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di altro Stato comunitario l'atto pubblico di fusione è redatto dall'autorità competente dello Stato la cui legge è applicabile alla società risultante dalla fusione o, qualora tale legge non preveda che la fusione transfrontaliera risulti da atto pubblico, dal notaio. Nel primo caso l'atto pubblico di fusione è depositato presso il notaio ai fini di cui all'articolo 14, comma 2”.

²⁴⁴⁶ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 403.

²⁴⁴⁷ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), pp. 403-404.

²⁴⁴⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), p. 215.

²⁴⁴⁹ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 215, que fundamentan esa aseveración, en pp. 215-216, de la siguiente manera: “Lo más procedente es entender que hay un solo esquema en la formación del negocio. El proyecto forma parte de la fase preparatoria, estrictamente precontractual. Las garantías que rodean esta fase y la -aparente- inmutabilidad del proyecto no se derivan del carácter negocial del proyecto, sino de la necesidad de que los terceros tengan acceso al contenido exacto del negocio que va a realizarse. Por otra parte el consentimiento se presta en junta, pero el negocio no se perfecciona en ese momento sino que es necesaria la escritura. En primer lugar, porque, de otra forma, se plantearían todos los problemas de la contratación entre ausentes. Además, porque, si no, se dejaría en peor situación a las sociedades que primero tienen el acuerdo: quedarían vinculadas por el proyecto aprobado, hasta un plazo de seis meses desde la fecha del proyecto, mientras que las demás sociedades podrían esperar y aprobar de dejar caducar la fusión. Por otra parte, porque la junta, aunque es el órgano que adopta los acuerdos, no es competente para la ejecución de esos acuerdos en el ámbito externo. La representación de la sociedad corresponde a su órgano de administración, por lo que frente al exterior sólo existe acuerdo desde que esa voluntad se manifiesta por el mismo, lo que en este caso se produce con el otorgamiento de la escritura. Esto tiene la ventaja de que la perfección del negocio y su irrevocabilidad (para todos), sólo se produce desde el otorgamiento de la escritura. Este es el momento de la producción de efectos no frente a terceros, pero sí entre las sociedades de tal manera de que (...) deberán dejar de actuar los órganos de administración de cada sociedad para actuar el de la resultante”.

²⁴⁵⁰ GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 142 que indica, “desde luego cualquiera de las sociedades citados participantes puede compeler a las demás (...) al otorgamiento de la escritura pública de fusión, sin perjuicio de poder acudir al uex para llenar la forma pública y desde luego exigir a los administradores los daños y perjuicios ocasionados”.

²⁴⁵¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*Capítulo 14. La fase de jecución (Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación)*), p. 647.

²⁴⁵² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*Capítulo 14. La fase de jecución (Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación)*), p. 648, que añade, “por este motivo, lo ausal es la fecha de la eficacia contable ex art. 31.7ª LME, sea la del acuerdo de fusión y no la de la escritura. En consecuencia: acordada la fusión, no podrá revocarse unilateralmente por cualquiera de los participante aun que este pendiente su escritura”.

²⁴⁵³ Artículo 238, “Información a los accionistas sobre la fusión”, del derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas: “1. Al publicar la convocatoria de la Junta, deberán ponerse a disposición de los accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones, así como de los representantes de los trabajadores, para su examen en el domicilio social, los siguientes documentos: a) El proyecto de fusión. b) Los informes de los expertos independientes sobre el proyecto de fusión. c) Los informes de los Administradores de cada una de las Sociedades sobre el proyecto de fusión. d) Las cuentas anuales y el informe de gestión de los tres últimos ejercicios de las Sociedades que participan en la fusión, con el correspondiente informe de los auditores de cuentas. e) El Balance de fusión de cada una de las Sociedades, cuando sea distinto del último Balance anual aprobado por la Junta, acompañado del informe que sobre su verificación deben emitir, en su caso, los auditores de cuentas de la Sociedad. f) El proyecto de escritura de constitución de la nueva Sociedad o, si se trata de una absorción, el texto íntegro de las modificaciones que hayan de introducirse en los Estatutos de la Sociedad absorbente. g) Los Estatutos vigentes de las Sociedades que participan en la fusión. h) La relación de nombres, apellidos y edad, si fueran personas físicas, o la denominación o razón social, si fueran personas jurídicas, y, en ambos casos, la nacionalidad y domicilio de los Administradores de las Sociedades que participan en la fusión, la fecha desde la que desempeñan sus cargos y, en su caso, las mismas indicaciones de quienes vayan a ser propuestos como Administradores como consecuencia de la fusión. 2. Los Administradores de las Sociedades que se fusionan están obligados a informar a la Junta general de su Sociedad sobre cualquier modificación importante del Activo o del Pasivo acaecida en cualquiera de ellas entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la de la reunión de la Junta general. La misma información deberán proporcionar, en los casos de fusión por absorción a los Administradores de la Sociedad absorbente y éstos a aquéllos, para que, a su vez, informen a su Junta general”.

²⁴⁵⁴ Artículo 242, “publicación del acuerdo”, del derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas: “El acuerdo de fusión, una vez adoptado, se publicará tres veces en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” y en dos periódicos de gran circulación en las provincias en las que cada una de las Sociedades tengan sus domicilios. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los accionistas y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del Balance de la fusión”.

²⁴⁵⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*Capítulo 14. La fase de jecución (Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación)*), pp. 658-659.

²⁴⁵⁶ GARRIDO DE PALMA, V. M., op. cit. (*Capítulo III. Fusión*), p. 143.

²⁴⁵⁷ La Sección 11.06 MBCA señala respecto del contenido de los “articles of merger” que éstos deben incluir “(1) the names of the parties to the merger (...); (2) if the articles of incorporation of the survivor of a merger are amended, or if a new corporation is created as a result of a merger, the amendments to the survivor’s articles of incorporation or the articles of incorporation of the new corporation; (3) if the plan of merger (...) required approval by the shareholders of a domestic corporation that was a party to the merger or share exchange, a statement that the plan was duly approved by the shareholders and, if voting by any separate voting group was required, by each such separate voting group, in the manner required by this Act and the articles of incorporation; (4) if the plan of merger (...) did not require approval by the shareholders of a domestic corporation that was a party to the merger (...), a statement to that effect; and (5) as to each foreign corporation (...) that was a party to the merger or share exchange, a statement that the participation of the foreign corporation (...) was duly authorized as required by the organic law of the corporation”.

²⁴⁵⁸ La Sección 252.(b) Delaware GCL indica que “All the constituent corporations shall enter into an agreement of merger or consolidation. The agreement shall state: (1) The terms and conditions of the merger or consolidation; (2) the mode of carrying the same into effect; (3) the manner, if any, of converting the shares of each of the constituent corporations into shares or other securities of the corporation surviving or

resulting from the merger or consolidation, or of cancelling some or all of such shares, and, if any shares of any of the constituent corporations are not to remain outstanding, to be converted solely into shares or other securities of the surviving or resulting corporation or to be cancelled, the cash, property, rights or securities of any other corporation or entity which the holders of such shares are to receive in exchange for, or upon conversion of, such shares and the surrender of any certificates evidencing them, which cash, property, rights or securities of any other corporation or entity may be in addition to or in lieu of the shares or other securities of the surviving or resulting corporation; (4) such other details or provisions as are deemed desirable, including, without limiting the generality of the foregoing, a provision for the payment of cash in lieu of the issuance or recognition of fractional shares of the surviving or resulting corporation or of any other corporation the securities of which are to be received in the merger or consolidation, or for some other arrangement with respect thereto consistent with § 155 of this title; and (5) such other provisions or facts as shall be required to be set forth in certificates of incorporation by the laws of the state which are stated in the agreement to be the laws that shall govern the surviving or resulting corporation and that can be stated in the case of a merger or consolidation. Any of the terms of the agreement of merger or consolidation may be made dependent upon facts ascertainable outside of such agreement, provided that the manner in which such facts shall operate upon the terms of the agreement is clearly and expressly set forth in the agreement of merger or consolidation.”

²⁴⁵⁹ La Sección 904 NY Code indica que “a) After adoption of the plan of merger or consolidation by the board and shareholders of each constituent corporation, unless the merger or consolidation is abandoned in accordance with paragraph (b) of section 903 (Authorization by shareholders), a certificate of merger or consolidation, entitled “Certificate of merger (or consolidation) ofand into (names of corporations) under section 904 of the Business Corporation Law”, shall be signed on behalf of each constituent corporation and delivered to the department of state. It shall set forth: (1) The statements required by subparagraphs (a) (1), (2) and (4) of section 902 (Plan of merger or consolidation). (2) The effective date of the merger or consolidation if other than the date of filing of the certificate of merger or consolidation by the department of state. (3) In the case of consolidation, any statement required to be included in a certificate of incorporation for a corporation formed under this chapter but which was omitted under subparagraph (a) (4) of section 902. (4) The date when the certificate of incorporation of each constituent corporation was filed by the department of state. (5) The manner in which the merger or consolidation was authorized with respect to each constituent corporation”. Asimismo, a título de ejemplo, la Kansas Corporation Statute, artículo 67, establece: “All the constituent corporations shall enter into an agreement of merger or consolidation. The agreement shall state: (1) The terms and conditions of the merger or consolidation; (2) the mode of carrying the same into effect; (3) the manner, if any, of converting the shares of eac(b)h of the constituent corporations into shares or other securities of the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation, or of cancelling some or all of such shares, and, if any shares of any of the constituent corporations are not to remain outstanding, to be converted solely into shares or other securities of the surviving or resulting corporation or to be cancelled, the cash, property, rights or securities of any other corporation or entity which the holders of such shares are to receive in exchange for, or upon conversion of, such shares and the surrender of any certificates evidencing them, which cash, property, rights or securities of any other corporation may be in addition to or in lieu of the shares or other securities of the surviving or resulting corporation; (4) such other details or provisions as are deemed desirable, including, without limiting the generality of the foregoing, a provision for the payment of cash in lieu of the issuance or recognition of fractional shares of the surviving or resulting corporation or of any other corporation the securities of which are to be received in the merger or consolidation, or for some other arrangement with respect thereto consistent with the provisions of K.S.A. 17-6405, and amendments thereto; and (5) such other provisions or facts as shall be required to be set forth in articles of incorporation by the laws of the state which are stated in the agreement to be the laws that shall govern the surviving or resulting corporation and that can be stated in the case of a merger or consolidation. Any of the terms of the agreement of merger or consolidation may be made dependent upon facts ascertainable outside of such agreement, provided that the manner in which such facts shall operate upon the terms of the agreement is clearly and expressly set forth in the agreement of merger or consolidation”; Ohio Revised Code, Title XVII, sección 1701.79 Merger or consolidation into foreign corporation: “(B) The agreement of merger or consolidation shall set forth the following: (1) The states under the laws of which each constituent corporation exists, and, in the case of a consolidation, the state under the laws of which the new corporation is to exist; (2) In the case of a merger, that one or more specified constituent corporations shall be merged into a specified foreign surviving corporation and, in the case of a consolidation, that the constituent corporations shall be consolidated into a new foreign corporation. The name of the surviving or new corporation may be the same as or similar to that of any constituent corporation. (3) All additional statements and matters, other than the name and address of the statutory agent, that would be required by section 1701.78 of the Revised Code if the surviving or new corporation were a domestic corporation; (4) The location of the principal office of the surviving or new

corporation in the state under the laws of which the surviving corporation exists or the new corporation is to exist; (5) All additional statements and matters required to be set forth in such an agreement of merger or consolidation by the laws of each state under the laws of which any foreign constituent corporation exists and, in the case of a consolidation, the new corporation is to exist; (6) The consent of the surviving or the new corporation to be sued and served with process in this state and the irrevocable appointment of the secretary of state as its agent to accept service of process in any proceeding in this state to enforce against the surviving or new corporation any obligation of any domestic constituent corporation or to enforce the rights of a dissenting shareholder of any domestic constituent corporation; (7) If it is desired that the surviving or new corporation transact business in this state as a foreign corporation, a statement to that effect, together with a statement on the appointment of a statutory agent and with respect to service of any process, notice, or demand upon such statutory agent or the secretary of state, as required when a foreign corporation applies for a license to transact business in this state. (C) The agreement of merger or consolidation may also set forth any additional provision permitted by the laws of any state under the laws of which any constituent corporation exists, consistent with the laws of the state under the laws of which the surviving corporation exists or the new corporation is to exist”; El peculiar sistema del California Corporations Code, Chapter 11. Merger, sección 1101, establece: “The board of each corporation which desires to merge shall approve an agreement of merger. The constituent corporations shall be parties to the agreement of merger and other persons, including a parent party (Section 1200), may be parties to the agreement of merger. The agreement shall state all of the following: (a) The terms and conditions of the merger. (b) The amendments, subject to Sections 900 and 907, to the articles of the surviving corporation to be effected by the merger, if any. If any amendment changes the name of the surviving corporation the new name may be the same as or similar to the name of a disappearing domestic or foreign corporation, subject to subdivision (b) of Section 201. (c) The name and place of incorporation of each constituent corporation and which of the constituent corporations is the surviving corporation. (d) The manner of converting the shares of each of the constituent corporations into shares or other securities of the surviving corporation and, if any shares of any of the constituent corporations are not to be converted solely into shares or other securities of the surviving corporation, the cash, rights, securities, or other property which the holders of those shares are to receive in exchange for the shares, which cash, rights, securities, or other property may be in addition to or in lieu of shares or other securities of the surviving corporation, or that the shares are canceled without consideration. (e) Other details or provisions as are desired, if any, including, without limitation, a provision for the payment of cash in lieu of fractional shares or for any other arrangement with respect thereto consistent with the provisions of Section 407”.

²⁴⁶⁰ La Sección 11.06 MBCA indica que los “(b) Articles of merger (...) shall be delivered to the secretary of state for filing by the survivor of the merger (...), and shall take effect on the effective date provided in section 1.23”. Según quella sección 1.23, “effective Time and Date of Document”: “(a) Except as provided in subsection (b) and section 1.24(c), a document accepted for filing is effective: (1) at the date and time of filing, as evidenced by such means as the secretary of state may use for the purpose of recording the date and time of filing; or (2) at the time specified in the document as its effective time on the date it is filed. (b) A document may specify a delayed effective time and date, and if it does so the document becomes effective at the time and date specified. If a delayed effective date but no time is specified, the document is effective at the close of business on that date. A delayed effective date for a document may not be later than the 90th day after the date it is filed”. A su vez la sección 1.24, “Correcting a Filed Document”, establece: “(a) A domestic or foreign corporation may correct a document filed by the secretary of state if (1) the document contains an inaccuracy, or (2) the document was defectively executed, attested, sealed, verified or acknowledged, or (3) the electronic transmission was defective. (b) A document is corrected: (1) by preparing articles of correction that (i) describe the document (including its filing date) or attach a copy of it to the articles, ii) specify the inaccuracy or defect to be corrected, and (iii) correct the inaccuracy or defect; and (2) by delivering the articles to the secretary of state for filing. (c) Articles of correction are effective on the effective date of the document they correct except as to persons relying on the uncorrected document and adversely affected by the correction. As to those persons, articles of correction are effective when filed”.

²⁴⁶¹ La sección 252 Delaware General Corporation Law, indica que “The agreement shall be filed and shall become effective for all purposes of the laws of this State when and as provided in § 251 of this title with respect to the merger or consolidation of corporations of this State. In lieu of filing the agreement of merger or consolidation, the surviving or resulting corporation may file a certificate of merger or consolidation, executed in accordance with § 103 of this title, which states: 1) The name and state or jurisdiction of incorporation of each of the constituent corporations; (2) That an agreement of merger or consolidation has been approved, adopted, certified, executed and acknowledged by each of the constituent corporations in accordance with this subsection; (3) The name of the surviving or resulting corporation; (4) In the case of a merger, such amendments or changes in the certificate of incorporation of the surviving corporation as are desired to be effected by the merger, or, if no such amendments or changes are desired, a statement that the

certificate of incorporation of the surviving corporation shall be its certificate of incorporation; (5) In the case of a consolidation, that the certificate of incorporation of the resulting corporation shall be as is set forth in an attachment to the certificate; (6) That the executed agreement of consolidation or merger is on file at an office of the surviving corporation and the address thereof; (7) That a copy of the agreement of consolidation or merger will be furnished by the surviving corporation, on request and without cost, to any stockholder of any constituent corporation; (8) If the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation is to be a corporation of this State, the authorized capital stock of each constituent corporation which is not a corporation of this State; and (9) The agreement, if any, required by subsection (d) of this section". El citado apartado (d) señala "(d) If the corporation surviving or resulting from the merger or consolidation is to be governed by the laws of the District of Columbia or any state or jurisdiction other than this State, it shall agree that it may be served with process in this State in any proceeding for enforcement of any obligation of any constituent corporation of this State, as well as for enforcement of any obligation of the surviving or resulting corporation arising from the merger or consolidation, including any suit or other proceeding to enforce the right of any stockholders as determined in appraisal proceedings pursuant to § 262 of this title, and shall irrevocably appoint the Secretary of State as its agent to accept service of process in any such suit or other proceedings and shall specify the address to which a copy of such process shall be mailed by the Secretary of State. In the event of such service upon the Secretary of State in accordance with this subsection, the Secretary of State shall forthwith notify such surviving or resulting corporation thereof by letter, certified mail, return receipt requested, directed to such surviving or resulting corporation at its address so specified, unless such surviving or resulting corporation shall have designated in writing to the Secretary of State a different address for such purpose, in which case it shall be mailed to the last address so designated".

²⁴⁶² Que continúa indicando: "Such letter shall enclose a copy of the process and any other papers served on the Secretary of State pursuant to this subsection. It shall be the duty of the plaintiff in the event of such service to serve process and any other papers in duplicate, to notify the Secretary of State that service is being effected pursuant to this subsection and to pay the Secretary of State the sum of \$50 for the use of the State, which sum shall be taxed as part of the costs in the proceeding, if the plaintiff shall prevail therein. The Secretary of State shall maintain an alphabetical record of any such service setting forth the name of the plaintiff and the defendant, the title, docket number and nature of the proceeding in which process has been served, the fact that service has been effected pursuant to this subsection, the return date thereof, and the day and hour service was made. The Secretary of State shall not be required to retain such information longer than 5 years from receipt of the service of process. (e) Subsection (d) and the second sentence of subsection (c) of section 251 of this title shall apply to any merger or consolidation under this section; subsection (e) of section 251 of this title shall apply to a merger under this section in which the surviving corporation is a corporation of this State; subsection (f) of section 251 of this title shall apply to any merger under this section.

²⁴⁶³ La Sección 904 NY Code señala que "La New York Business Corporation Law, sección 904 (NY Code - Section 904: Certificate of merger or consolidation), tras indicar que "(a) After adoption of the plan of merger or consolidation by the board and shareholders of each constituent corporation, unless the merger or consolidation is abandoned in accordance with paragraph (b) of section 903 (Authorization by shareholders), a certificate of merger or consolidation, entitled "Certificate of merger (or consolidation) ofand into (names of corporations) under section 904 of the Business Corporation Law", shall be signed on behalf of each constituent corporation", eslece que deberá "delivered to the department of state. It shall set forth: (1) The statements required by subparagraphs (a) (1), (2) and (4) of section 902 (Plan of merger or consolidation). (2) The effective date of the merger or consolidation if other than the date of filing of the certificate of merger or consolidation by the department of state. (3) In the case of consolidation, any statement required to be included in a certificate of incorporation for a corporation formed under this chapter but which was omitted under subparagraph (a) (4) of section 902. (4) The date when the certificate of incorporation of each constituent corporation was filed by the department of state. (5) The manner in which the merger or consolidation was authorized with respect to each constituent corporation. (b) The surviving or consolidated corporation shall thereafter cause a copy of such certificate, certified by the department of state, to be filed in the office of the clerk of each county in which the office of a constituent corporation, other than the surviving corporation, is located, and in the office of the official who is the recording officer of each county in this state in which real property of a constituent corporation, other than the surviving corporation".

²⁴⁶⁴ En el Derecho alemán, Umwandlungsgesetz (UmwG) § 19 Eintragung und Bekanntmachung der Verschmelzung: (1) Die Verschmelzung darf in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers erst eingetragen werden, nachdem sie im Register des Sitzes jedes der übertragenden Rechtsträger eingetragen worden ist. Die Eintragung im Register des Sitzes jedes der übertragenden Rechtsträger ist mit dem Vermerk zu versehen, daß die Verschmelzung erst mit der Eintragung im Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers wirksam wird, sofern die Eintragungen in den Registern aller beteiligten Rechtsträger nicht am

selben Tag erfolgen. (2) Das Gericht des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers hat von Amts wegen dem Gericht des Sitzes jedes der übertragenden Rechtsträger den Tag der Eintragung der Verschmelzung mitzuteilen. Nach Eingang der Mitteilung hat das Gericht des Sitzes jedes der übertragenden Rechtsträger von Amts wegen den Tag der Eintragung der Verschmelzung im Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers im Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers zu vermerken und die bei ihm aufbewahrten Dokumente dem Gericht des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers zur Aufbewahrung zu übermitteln. (3) Das Gericht des Sitzes jedes der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger hat jeweils die von ihm vorgenommene Eintragung der Verschmelzung von Amts wegen nach § 10 des Handelsgesetzbuchs ihrem ganzen Inhalt nach bekanntzumachen, w, sinedo preciso aludir siquiera limitadamente a sus efectos, Umwandlungsgesetz (UmwG) § 20 Wirkungen der Eintragung: “(1) Die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers hat folgende Wirkungen: 1. Das Vermögen der übertragenden Rechtsträger geht einschließlich der Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger über. 2. Die übertragenden Rechtsträger erlöschen. Einer besonderen Löschung bedarf es nicht. 3. Die Anteilsinhaber der übertragenden Rechtsträger werden Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers; dies gilt nicht, soweit der übernehmende Rechtsträger oder ein Dritter, der im eigenen Namen, jedoch für Rechnung dieses Rechtsträgers handelt, Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers ist oder der übertragende Rechtsträger eigene Anteile innehat oder ein Dritter, der im eigenen Namen, jedoch für Rechnung dieses Rechtsträgers handelt, dessen Anteilsinhaber ist. Rechte Dritter an den Anteilen oder Mitgliedschaften der übertragenden Rechtsträger bestehen an den an ihre Stelle tretenden Anteilen oder Mitgliedschaften des übernehmenden Rechtsträgers weiter. 4. Der Mangel der notariellen Beurkundung des Verschmelzungsvertrags und gegebenenfalls erforderlicher Zustimmungs- oder Verzichtserklärungen einzelner Anteilsinhaber wird geheilt. (2) Mängel der Verschmelzung lassen die Wirkungen der Eintragung nach Absatz 1 unberührt”; Según el Código das Sociedades Comerciais, artigo 117.º-H, Efeitos do registo da fusão transfronteiriça: “Com a inscrição da fusão transfronteiriça no registo comercial, produzem-se os efeitos previstos no artigo 112.º”, según el artículo 112.º, Efeitos do registo : Com a inscrição da fusão no registo comercial: a) Extinguem-se as sociedades incorporadas ou, no caso de constituição de nova sociedade, todas as sociedades fundidas, transmitindo-se os seus direitos e obrigações para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade; b) Os sócios das sociedades extintas tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade”; Establece el artículo 15, Efficacia della fusione transfrontaliera, del Decreto Legislativo de 30 de mayo de 2008, n. 108, Attuazione della direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capital, lo siguiente: “1. Se la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società italiana la fusione transfrontaliera ha effetto con l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese del luogo ove ha sede tale società. Nella fusione per incorporazione può essere stabilita una data successiva. 2. L'ufficio del registro delle imprese di cui al comma 1 comunica immediatamente al corrispondente ufficio del registro delle imprese in cui è iscritta ciascuna società partecipante alla fusione transfrontaliera che l'operazione ha acquistato efficacia, perché provveda alla relativa cancellazione. 3. Quando la società risultante dalla fusione transfrontaliera è una società di altro Stato membro, la data dalla quale la fusione ha effetto è determinata dalla legge applicabile a tale società. 4. Nel caso di cui al comma 3 la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera è cancellata dal registro delle imprese a seguito della comunicazione, da parte del registro delle imprese in cui è iscritta la società risultante dalla fusione transfrontaliera, che questa ha acquistato efficacia, purché si sia provveduto all'iscrizione di cui all'articolo 14, comma 2”.

²⁴⁶⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*Capítulo 14. La fase de ejecución (Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación)*), p. 661.

²⁴⁶⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*Capítulo 14. La fase de ejecución (Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación)*), pp. 663-664.

²⁴⁶⁷ Artículo 19.1 de la Directiva 2011/35.

²⁴⁶⁸ Considerando 5 de la Directiva 2005/56.

²⁴⁶⁹ Considerando 8 de la Directiva 2011/35.

²⁴⁷⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*Capítulo 14. La fase de ejecución (Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación)*), p. 666, que concluye: “En definitiva: si los acuerdos sobre válidamente adoptados por todas las sociedades participantes, su contenido obliga “internamente”: todas las sociedades, sus socios y administradores, quedan obligados a llevar a buen término la operación y a obtener el resultado querido de inscribir la fusión. Así, cualquier interesado puede reclamar incluso judicialmente la formalización de la fusión. Y, en fin, aunque las sociedades llamadas a extinguirse perviven mientras la fusión no se inscriba, no se podrán adoptar por las mismas acuerdos contrarios a la fusión ni, por supuesto, tampoco se podrán revocar unilateralmente los acuerdos válidamente adoptados”.

²⁴⁷¹ Comentario Oficial a la sección 11.06, primer apartado que indica “Articles of merger (...) shall be delivered to the secretary of state for filing by the survivor of the merger (...), and shall take effect on the effective date provided in section 1.23”, se afirma en la sección 11.06 (b) de la Model Business Corporation Act, de tal manera que “the filing of articles of merger (...) makes the transaction a matter of public record. The requirements of filing are set forth in section 1.20. The effective date of the articles is the effective date of their filing, unless otherwise specified. Under section 1.23, a document may specify a delayed effective time and date, and if it does so the document becomes effective at the time and date specified, except that a delayed effective date may not be later than the 90th day after the date the document is filed”.

²⁴⁷² Comentario Oficial a la sección 11.02, punto 6.; Según la sección 1.23 Effective Time and Date of Document: (a) Except as provided in subsection (b) and section 1.24(c), a document accepted for filing is effective: (1) at the date and time of filing, as evidenced by such means as the secretary of state may use for the purpose of recording the date and time of filing; or (2) at the time specified in the document as its effective time on the date it is filed. (b) A document may specify a delayed effective time and date, and if it does so the document becomes effective at the time and date specified. If a delayed effective date but no time is specified, the document is effective at the close of business on that date. A delayed effective date for a document may not be later than the 90th day after the date it is filed”.

²⁴⁷³ La Sección 1.20.(a) MBCA señala “if a document delivered to the office of the secretary of state for filing satisfies the requirements of section 1.20, the secretary of state shall file it”. A su vez, establece la sección 1.25: “§ 1.25 Filing Duty of Secretary of State (a) If a document delivered to the office of the secretary of state for filing satisfies the requirements of section 1.20, the secretary of state shall file it. (b) The secretary of state files a document by recording it as filed on the date and time of receipt. After filing a document, except as provided in sections 5.03 and 15.10, the secretary of state shall deliver to the domestic or foreign corporation or its representative a copy of the document with an acknowledgement of the date and time of filing. (c) If the secretary of state refuses to file a document, he shall return it to the domestic or foreign corporation or its representative within five days after the document was delivered, together with a brief, written explanation of the reason for his refusal. (d) The secretary of state’s duty to file documents under this section is ministerial. His filing or refusing to file a document does not: (1) affect the validity or invalidity of the document in whole or part; (2) relate to the correctness or incorrectness of information contained in the document; (3) create a presumption that the document is valid or invalid or that information contained in the document is correct or incorrect”.

²⁴⁷⁴ La Sección 259 de la Delaware GCL indica “(a) When any merger or consolidation shall have become effective under this chapter, for all purposes of the laws of this State the separate existence of all the constituent corporations, or of all such constituent corporations except the one into which the other or others of such constituent corporations have been merged, as the case may be, shall cease and the constituent corporations shall become a new corporation, or be merged into one of such corporations, as the case may be, possessing all the rights, privileges, powers and franchises as well of a public as of a private nature, and being subject to all the restrictions, disabilities and duties of each of such corporations so merged or consolidated; and all and singular, the rights, privileges, powers and franchises of each of said corporations, and all property, real, personal and mixed, and all debts due to any of said constituent corporations on whatever account, as well for stock subscriptions as all other things in action or belonging to each of such corporations shall be vested in the corporation surviving or resulting from such merger or consolidation; and all property, rights, privileges, powers and franchises, and all and every other interest shall be thereafter as effectually the property of the surviving or resulting corporation as they were of the several and respective constituent corporations, and the title to any real estate vested by deed or otherwise, under the laws of this State, in any of such constituent corporations, shall not revert or be in any way impaired by reason of this chapter; but all rights of creditors and all liens upon any property of any of said constituent corporations shall be preserved unimpaired, and all debts, liabilities and duties of the respective constituent corporations shall thenceforth attach to said surviving or resulting corporation, and may be enforced against it to the same extent as if said debts, liabilities and duties had been incurred or contracted by it”.

²⁴⁷⁵ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), pp. 404-405.

²⁴⁷⁶ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 2001, atribuye a “procedimental” el significado siguiente: 1. adj: “Perteneiente o relativo al procedimiento (l método de ejecutar algunas cosas)”.

²⁴⁷⁷ Así por ejemplo se emecan ambos aspectos en el artículo 2504-bis, “Effetti della fusione”, del Código Civil italiano, según el cual: “La societa' che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle societa' partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione. La fusione ha effetto quando e' stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte

dall'articolo 2504. Nella fusione mediante incorporazione puo' tuttavia essere stabilita una data successiva. Per gli effetti ai quali si riferisce il primo comma dell'articolo 2501-ter, numeri 5) e 6), possono essere stabilite date anche anteriori. Nel primo bilancio successivo alla fusione le attivita' e le passivita' sono iscritte ai valori risultanti dalle scritture contabili alla data di efficacia della fusione medesima; se dalla fusione emerge un disavanzo, esso deve essere imputato, ove possibile, agli elementi dell'attivo e del passivo delle societa' partecipanti alla fusione e, per la differenza e nel rispetto delle condizioni previste dal numero 6 dell'articolo 2426, ad avviamento. Quando si tratta di societa' che fa ricorso al mercato del capitale di rischio, devono altresì essere allegati alla nota integrativa prospetti contabili indicanti i valori attribuiti alle attivita' e passivita' delle societa' che hanno partecipato alla fusione e la relazione di cui all'articolo 2501-sexies. La fusione attuata mediante costituzione di una nuova societa' di capitali ovvero mediante incorporazione in una societa' di capital non libera i soci a responsabilita' illimitata dalla responsabilita' per le obbligazioni delle rispettive societa' partecipanti alla fusione anteriori all'ultima delle iscrizioni prescritte dall'articolo 2504, se non risulta che i creditori hanno dato il loro consenso”.

²⁴⁷⁸ Que se pueden ejemplarizar en la New York Business Corporation Law, sección 907 (NY Code - Section 907: Merger or consolidation of domestic and foreign corporations), según la cual: “(a) One or more foreign corporations and one or more domestic corporations may be merged or consolidated into a corporation of this state or of another jurisdiction, if such merger or consolidation is permitted by the laws of the jurisdiction under which each such foreign corporation is incorporated. With respect to such merger or consolidation, any reference in paragraph (b) of section 901 (Power of merger or consolidation) to a corporation shall, unless the context otherwise requires, include both domestic and foreign corporations. (b) With respect to procedure, including the requirement of share- holder authorization, each domestic corporation shall comply with the provisions of this chapter relating to merger or consolidation of domestic corporations, and each foreign corporation shall comply with the applicable provisions of the law of the jurisdiction under which it is incorporated. (c) The procedure for the merger of a subsidiary corporation or corporations under section 905 (Merger of parent and subsidiary corporations) shall be available where either a subsidiary corporation or the corporation owning at least ninety percent of the outstanding shares of each class of a subsidiary is a foreign corporation, and such merger is permitted by the laws of the jurisdiction under which such foreign corporation is incorporated. (d) If the surviving or consolidated corporation is, or is to be, a domestic corporation, a certificate of merger or consolidation shall be signed and delivered to the department of state as provided in section 904 (Certificate of merger or consolidation; contents) or 905 (Merger of parent and subsidiary corporations), as the case may be. In addition to the matters specified in such sections, the certificate shall set forth as to each constituent foreign corporation the jurisdiction and date of its incorporation and the date when its application for authority to do business in this state was filed by the department of state, and its fictitious name used in this state pursuant to article thirteen of this chapter, if applicable, or, if no such application has been filed, a statement to such effect. (e) If the surviving or consolidated corporation is, or is to be, formed under the law of any jurisdiction other than this state: (1) It shall comply with the provisions of this chapter relating to foreign corporations if it is to do business in this state. (2) It shall deliver to the department of state a certificate, entitled "Certificate of merger (or consolidation) of and into (names of corporations) under section 907 of the Business Corporation Law", which shall be signed on behalf of each constituent domestic and foreign corporation. It shall set forth: (A) If the procedure for the merger or consolidation of a constituent domestic corporation was effected in compliance with sections 902 (Plan of merger or consolidation) and 903 (Authorization by shareholders), the following: (i) The statements required by subparagraphs (a) (1) and (2) of section 902. (ii) The effective date of the merger or consolidation if other than the date of filing of the certificate of merger or consolidation by the department of state. (iii) The manner in which the merger or consolidation was authorized with respect to each constituent domestic corporation and that the merger or consolidation is permitted by the laws of the jurisdiction of each constituent foreign corporation and is in compliance therewith. (B) If the procedure for the merger of a subsidiary corporation was effected in compliance with section 905, the following: (i) The statements required by subparagraphs (a) (1), (2), (4) and (5) of section 905. (ii) The effective date of the merger if other than the date of filing of the certificate of merger by the department of state. (iii) If the surviving foreign corporation is the parent corporation and such corporation does not own all the shares of a subsidiary domestic corporation being merged, either the date of the giving to holders of shares of each subsidiary domestic corporation not owned by the surviving foreign corporation of a copy of the plan of merger or an outline of the material features thereof, or a statement that the giving of such copy or outline has been waived, if such is the case. (iv) That the merger is permitted by the laws of the jurisdiction of each constituent foreign corporation and is in compliance therewith. (v) If the parent domestic corporation is not the surviving corporation, a statement that the proposed merger has been approved by the shareholders of the parent domestic corporation in accordance with paragraph (a) of section 903 (Authorization by shareholders). (C) The jurisdiction and date of incorporation of the surviving or consolidated foreign corporation, the date when its application for authority to do business in this state was filed by the

department of state, and its fictitious name used in this state pursuant to article thirteen of this chapter, if applicable, or, if no such application has been filed, a statement to such effect and that it is not to do business in this state until an application for such authority shall have been filed by such department. (D) The date when the certificate of incorporation of each constituent domestic corporation was filed by the department of state and the jurisdiction and date of incorporation of each constituent foreign corporation, other than the surviving or consolidated foreign corporation, and, in the case of each such corporation authorized to do business in this state, the date when its application for authority was filed by the department of state. (E) An agreement that the surviving or consolidated foreign corporation may be served with process in this state in any action or special proceeding for the enforcement of any liability or obligation of any domestic corporation or of any foreign corporation, previously amenable to suit in this state, which is a constituent corporation in such merger or consolidation, and for the enforcement, as provided in this chapter, of the right of shareholders of any constituent domestic corporation to receive payment for their shares against the surviving or consolidated corporation. (F) An agreement that, subject to the provisions of section 623 (Procedure to enforce shareholder's right to receive payment for shares), the surviving or consolidated foreign corporation will promptly pay to the shareholders of each constituent domestic corporation the amount, if any, to which they shall be entitled under the provisions of this chapter relating to the right of shareholders to receive payment for their shares. (G) A designation of the secretary of state as its agent upon whom process against it may be served in the manner set forth in paragraph (b) of section 306 (Service of process), in any action or special proceeding, and a post office address, within or without this state, to which the secretary of state shall mail a copy of any process against it served upon him. Such post office address shall supersede any prior address designated as the address to which process shall be mailed. (H)(i) A certification that all fees and taxes (including penalties and interest) administered by the department of taxation and finance which are then due and payable by each constituent domestic corporation have been paid and that a cessation franchise tax report (estimated or final) through the anticipated date of the merger or consolidation (which return, if estimated, shall be subject to amendment) has been filed by each constituent domestic corporation and (ii) an agreement that the surviving or consolidated foreign corporation will within thirty days after the filing of the certificate of merger or consolidation file the cessation franchise tax report, if an estimated report was previously filed, and promptly pay to the department of taxation and finance all fees and taxes (including penalties and interest), if any, due to the department of taxation and finance by each constituent domestic corporation. (f) Upon the filing of the certificate of merger or consolidation by the department of state or on such date subsequent thereto, not to exceed ninety days, as shall be set forth in such certificate, the merger or consolidation shall be effected. (g) The surviving or consolidated domestic corporation or foreign corporation shall thereafter cause a copy of such certificate, certified by the department of state, to be filed in the office of the clerk of each county in which the office of a constituent corporation other than the surviving corporation is located, and in the office of the official who is the recording officer of each county in this state in which real property of a constituent corporation, other than the surviving corporation, is situated. (h) If the surviving or consolidated corporation is, or is to be, formed under the law of this state, the effect of such merger or consolidation shall be the same as in the case of the merger or consolidation of domestic corporations under section 906 (Effect of merger or consolidation). If the surviving or consolidated corporation is, or is to be, incorporated under the law of any jurisdiction other than this state, the effect of such merger or consolidation shall be the same as in the case of the merger or consolidation of domestic corporations, except in so far as the law of such other jurisdiction provides otherwise”.

²⁴⁷⁹ Considerando 8, primera parte.

²⁴⁸⁰ Las letras “a” y “b” de este apartado se sustituyen por “i” y “ii” para evitar confusiones.

²⁴⁸¹ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), pp. 404-405.

²⁴⁸² SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*El concepto de fusión y sus elementos componentes*), p. 407.

²⁴⁸³ Sección 11.07 MBCA que señala “Effect of Merger: “(a) When a merger becomes effective: (1) the corporation (...) that is designated in the plan of merger as the survivor continues or comes into existence, as the case may be; (2) the separate existence of every corporation (...) that is merged into the survivor ceases; (3) all property owned by, and every contract right possessed by, each corporation (...) that merges into the survivor is vested in the survivor without reversion or impairment; (4) all liabilities of each corporation (...) that is merged into the survivor are vested in the survivor; (5) the name of the survivor may, but need not be, substituted in any pending proceeding for the name of any party to the merger whose separate existence ceased in the merger; (6) the articles of incorporation (...) of the survivor are amended to the extent provided in the plan of merger; (7) the articles of incorporation (...) of a survivor that is created by the merger become effective; and (8) the shares of each corporation that is a party to the merger (...), that are to be converted under the plan of merger into shares, eligible interests, obligations, rights to acquire

securities, other securities, or eligible interests, cash, other property, or any combination of the foregoing, are converted, and the former holders of such shares (...) are entitled only to the rights provided to them in the plan of merger or to any rights they may have under chapter 13”.

²⁴⁸⁴ La Sección 11.07 MBCA señala también “d) Upon a merger becoming effective, a foreign corporation (...), the survivor of the merger is deemed to: (1) appoint the secretary of state as its agent for service of process in a proceeding to enforce the rights of shareholders of each domestic corporation that is a party to the merger who exercise appraisal rights, and (2) agree that it will promptly pay the amount, if any, to which such shareholders are entitled under chapter 13”

²⁴⁸⁵ Son múltiples los aspectos que se ponen de relieve concretamente en los aspectos procedimentales en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Baste con referir, por su relieve, la California Corporations Code, section 1107, según la cual: “ (a) Upon merger pursuant to this chapter the separate existence of the disappearing corporations ceases and the surviving corporation shall succeed, without other transfer, to all the rights and property of each of the disappearing corporations and shall be subject to all the debts and liabilities of each in the same manner as if the surviving corporation had itself incurred them. (b) For purposes of subdivision (a), a surviving corporation may succeed without the payment of any local agency transfer fee to all licenses, permits, registrations, and other privileges granted by any local agency provided the merger does not result in a change of ownership. Examples of mergers that do not result in a change of ownership are mergers between any of the following: (1) a corporation and its wholly owned subsidiary; (2) a corporation and the wholly owned subsidiary of that corporation's wholly owned subsidiary; or (3) two wholly owned subsidiaries of the same parent corporation. The surviving corporation shall be subject to the same duties and obligations in connection with the license, permit, registration, or other privileges acquired from the disappearing corporations. (c) All rights of creditors and all liens upon the property of each of the constituent corporations shall be preserved unimpaired, provided that any liens upon property of a disappearing corporation shall be limited to the property affected thereby immediately prior to the time the merger is effective. (d) Any action or proceeding pending by or against any disappearing corporation may be prosecuted to judgment, which shall bind the surviving corporation, or the surviving corporation may be proceeded against or substituted in its place. (e) Nothing in subdivision (b) shall limit or restrict a tax assessor from reassessing real property upon transfer of title. Privileges granted by any local agency do not include property tax assessments. (f) Nothing in subdivision (b) shall limit or restrict a local agency from reevaluating privileges received by a successor corporation from disappearing corporations if the local agency determines in its sole discretion that the reevaluation is necessary for public health, safety, or welfare purposes. (g) For purposes of this section, “local agency” means a county, city, city and county, political subdivision, district, or municipal corporation”. En su sección 107.5, dispone: (a) Upon merger pursuant to this chapter, a surviving domestic or foreign corporation or other business entity shall be deemed to have assumed the liability of each disappearing domestic or foreign corporation or other business entity that is taxed under Part 10 (commencing with Section 17001) of, or under Part 11 (commencing with Section 23001) of, Division 2 of the Revenue and Taxation Code for the following: (1) To prepare and file, or to cause to be prepared and filed, tax and information returns otherwise required of that disappearing entity as specified in Chapter 2 (commencing with Section 18501) of Part 10.2 of Division 2 of the Revenue and Taxation Code. (2) To pay any tax liability determined to be due. (b) If the surviving entity is a domestic limited liability company, domestic corporation, or registered limited liability partnership or a foreign limited liability company, foreign limited liability partnership, or foreign corporation that is registered or qualified to do business in California, the Secretary of State shall notify the Franchise Tax Board of the merger”.

²⁴⁸⁶ Comentario Oficial a la Sección 11.07, primer apartado que señala “under section 11.07(a), in the case of a merger the survivor and the parties that merge into the survivor become one. The survivor automatically becomes the owner of all real and personal property and becomes subject to all the liabilities, actual or contingent, of each party that is merged into it. A merger is not a conveyance, transfer, or assignment. It does not give rise to claims of reverter or impairment of title based on a prohibited conveyance, transfer or assignment. It does not give rise to a claim that a contract with a party to the merger is no longer in effect on the ground of nonassignability, unless the contract specifically provides that it does not survive a merger. All pending proceedings involving either the survivor or a party whose separate existence ceased as a result of the merger are continued. Under section 11.07(a)(5), the name of the survivor may be, but need not be, substituted in any pending proceeding for the name of a party to the merger whose separate existence ceased as a result of the merger. The substitution may be made whether the survivor is a complainant or a respondent, and may be made at the instance of either the survivor or an opposing party. Such a substitution has no substantive effect, because whether or not the survivor's name is substituted it succeeds to the claims of, and is subject to the liabilities of, any party to the merger whose separate existence ceased as a result of the merger”.

²⁴⁸⁷ Comentario Oficial a la sección 11.07, tercer apartado que indica “under section 11.07(a)(8), on the effective date of a merger the former shareholders of a corporation that is merged into the survivor are entitled only to the rights provided in the plan of merger (which would include any rights they have as holders of the consideration they acquire) or to any rights they may have under chapter 13 (...). These provisions are not intended to preclude any otherwise proper question concerning the merger’s validity, or to override or otherwise affect any provisions of chapter 13 concerning the exclusiveness of rights under that chapter”.

²⁴⁸⁸ Comentario Oficial a la sección 11.07, cuarto apartado que indica “under section 11.07.(d), when a merger becomes effective a foreign corporation or a foreign other entity that is the survivor of the merger is deemed to appoint the secretary of state as its agent for service of process in a proceeding to enforce the rights of any shareholders of each domestic corporation that is a party to the merger who exercise appraisal rights, and to agree that it will promptly pay the amount, if any, to which such shareholders are entitled under chapter 13 (Right to appraisal and payment for shares). This result is based on the implied consent of such a foreign corporation or foreign other entity to the terms of chapter 11 by virtue of entering into an agreement that is governed by this chapter”.

²⁴⁸⁹ La Sección 906 del NY Code señala “a) Upon the filing of the certificate of merger or consolidation by the department of state or on such date subsequent thereto, not to exceed thirty days, as shall be set forth in such certificate, the merger or consolidation shall be effected. (b) When such merger or consolidation has been effected: (1) Such surviving or consolidated corporation shall thereafter, consistently with its certificate of incorporation as altered or established by the merger or consolidation, possess all the rights, privileges, immunities, powers and purposes of each of the constituent corporations. (2) All the property, real and personal, including subscriptions to shares, causes of action and every other asset of each of the constituent entities, shall vest in such surviving or consolidated corporation without further act or deed. (3) The surviving or consolidated corporation shall assume and be liable for all the liabilities, obligations and penalties of each of the constituent entities. No liability or obligation due or to become due, claim or demand for any cause existing against any such constituent entity, or any shareholder, member, officer or director thereof, shall be released or impaired by such merger or consolidation. No action or proceeding, whether civil or criminal, then pending by or against any such constituent entity, or any shareholder, member, officer or director thereof, shall abate or be discontinued by such merger or consolidation, but may be enforced, prosecuted, settled or compromised as if such merger or consolidation had not occurred, or such surviving or consolidated corporation may be substituted in such action or special proceeding in place of any constituent entity. (4) In the case of a merger, the certificate of incorporation of the surviving corporation shall be automatically amended to the extent, if any, that changes in its certificate of incorporation are set forth in the plan of merger; and, in the case of a consolidation, the statements set forth in the certificate of consolidation and which are required or permitted to be set forth in a certificate of incorporation of a corporation formed under this chapter shall be its certificate of incorporation”.

²⁴⁹⁰ Como ejemplo de esa temporalidad conviene transcribir íntegramente la Resolución de 3 de octubre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 267, de 27 de noviembre de 2013), en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles IX de Madrid, por la que se suspende la inscripción de una escritura de fusión por absorción. En el recurso interpuesto por don J. L. A. B en su calidad de administrador único de la sociedad “Valora 2002, S.L.”, contra la nota de calificación extendida por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles IX de Madrid, don José Antonio Calvo González de Lara, por la que se suspende la inscripción de una escritura de fusión por absorción. Hechos. I. Por el Notario de Madrid don Rafael Vallejo Zapatero se autoriza el día 27 de diciembre de 2012 escritura pública de fusión por absorción. En dicho instrumento se eleva a público el acuerdo de la compañía absorbente, “Valora 2002, S.L.”, domiciliada en Madrid, de fecha 7 de noviembre de 2012 y las decisiones del socio único de las tres sociedades absorbidas, domiciliadas en Palma de Mallorca, íntegramente participadas por la absorbente de manera directa en cuanto a dos de ellas (“Doña Santos, S.L.U.” y “Aeratlántica, S.L.”), y de manera indirecta en cuanto a la sociedad “Eurocharter, S.A.U.” (íntegramente participada por la sociedad de nacionalidad finlandesa “Matkatoimisto Hispana Oy, S.A.”. Y esta, a su vez, por la sociedad “Doña Santos, S.L.U.”). En definitiva la sociedad “Valora 2002, S.L.”, absorbe a dos sociedades íntegramente participadas de forma directa y a una tercera, “Eurocharter, S.A.U.”, íntegramente participada de forma indirecta. De la escritura resulta que el compareciente, don J. L. A. B. es el administrador único de todas las sociedades involucradas en la fusión, incluida la sociedad extranjera. Tras diversas vicisitudes, la escritura ingresa en el Registro Mercantil de Madrid junto con escritura de rectificación autorizada por el mismo notario el día 28 de mayo de 2013 en la que comparece el mismo señor como administrador único de la sociedad absorbente al efecto de rectificar la anterior escritura en el sentido de que la sociedad titular del 100% de la sociedad finlandesa “Matkatoimisto Hispana Oy, S.A.” no es la sociedad “Doña Santos, S.L.U.”, sino la sociedad absorbente “Valora 2002, S.L.”. También se rectifica en el sentido de

excluir del proceso de fusión a la sociedad 2Eurocharter, S.A.U.” en base al acuerdo de la Junta Universal de la sociedad “Valora 2002, S.L.”, que en fecha 27 de abril de 2013 así lo acuerda, por unanimidad, como titular del 100% de la sociedad finlandesa “Matkatoimisto Hispana Oy, S.A.” titular a su vez del 100% de la sociedad “Eurocharter, S.A.U.”. El compareciente, en el concepto en que actúa, deja sin efecto la fusión por absorción de la sociedad “Eurocharter, S.A.U.” en los términos acordados por la citada junta universal de cuyo certificado resulta que el administrador único de las tres sociedades, el recurrente, queda autorizado para expresar la voluntad del socio único de la sociedad finlandesa “Matkatoimisto Hispana Oy, S.A.”, y de la sociedad “Eurocharter, S.A.U.” relativo a dejar sin efecto la fusión por absorción de esta última y se hace constar que las acciones de la sociedad “Eurocharter, S.A.U.” no han sido amortizadas. II. Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil fue objeto de la siguiente nota de calificación: “Registro Mercantil de Madrid. Notificación de calificación. José Antonio Calvo González de Lara, Registrador Mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos. Diario / Asiento: 2363/342. F. presentación: 28/12/2012. Entrada: 1/2013/72.841,0. Sociedad: Valora 2002, S.L. Autorizante: Vallejo Zapatero Rafael. Protocolo: 2012/2391 de 27/12/2012. Fundamentos de Derecho (defectos). Presentado en unión de escritura de rectificación otorgada el día 28 de mayo de 2013 por el notario de Madrid, don Rafael Vallejo Zapatero, número 883 de su protocolo, en la que se eleva a público un acuerdo adoptado por Junta General de 27 de abril de 2013, en la que se modifica la fusión anteriormente acordada -según consta en la precedente escritura-, y considerando que el procedimiento de fusión es una modificación estructural esencial en la que la forma de la voluntad social de las sociedades implicadas se lleva a cabo sobre unas circunstancias de hecho, que varía al salir una de las tres absorbidas, la sociedad “Eurocharter, SA”, y, en consecuencia, el mero acuerdo de fusión es un nuevo pronunciamiento y nuevas también sus consecuencias jurídicas y patrimoniales; es por tanto preciso iniciar todo el procedimiento de fusión en su integridad -proyecto de fusión y nota de no obstáculos-. RSDGRN de 27 de mayo de 2013. Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación (...). Madrid, a 14 de Junio de 2013. El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador). III. Contra la anterior nota de calificación, don J. L. A. B, interpone recurso en virtud de escrito de fecha 15 de julio de 2013, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que la calificación del registrador no se ampara en criterio legal alguno limitándose la nota a afirmar que es obligado iniciar todo el procedimiento de fusión en su integridad -proyecto y nota de obstáculos- Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de mayo de 2013; que no existe precepto alguno que imponga tal criterio y la nota no recoge ninguno. La nota exige nuevo pronunciamiento pero todas las sociedades implicadas pertenecen al mismo grupo familiar por lo que es suficiente con la expresión de la voluntad social de la Junta General de “Valora 2002, S.L.”. En definitiva, ni existe precepto que viole el acuerdo adoptado ni existe precepto que imponga la necesidad de un nuevo proyecto y una nueva nota de inexistencia de obstáculos. La Ley de Reformas Estructurales de Sociedades de Capital estructura la fusión sobre la base de exigir la expresión de la voluntad social a través de los acuerdos de la junta general que es competente para adoptarlos pero también para dejarlos sin efectos y sobre la base de dar a conocer los acuerdos a terceros para que puedan impugnarlos si lo desean. En este caso ni hay socios con derecho a oposición al adoptar el acuerdo por unanimidad ni los acreedores han formulado oposición ni las sociedades tienen trabajadores; La obligada peregrinación por distintos Registros para solicitar la nota de inexistencia de obstáculos del artículo 231 del Reglamento del Registro Mercantil podría ahorrarse al administrado en el estado actual de los medios informáticos de que disponen los registros; En definitiva imponer que se inicie un nuevo procedimiento de fusión es una exigencia de un formalismo excesivo y rigorista que no tiene amparo en precepto legal alguno por lo que no puede exigirse en detrimento del principio constitucional de seguridad jurídica; y, Que las anteriores consideraciones son especialmente de aplicación a un supuesto como el presente en que la sociedad absorbente y las absorbidas pertenecen a un reducido grupo familiar que simplemente ha tomado la decisión de racionalizar la gestión y reducir los costes de modo que los únicos beneficios o perjuicios que pueda deparar la operación se circunscriben a los propios socios familiares sin que quede acreditado perjuicio alguno para tercero. IV. El registrador emitió informe el día 29 de julio de 2013, ratificándose en su calificación y elevando el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que notificado el notario autorizante no realizó alegaciones. Fundamentos de Derecho. Vistos los artículos 7, 17 y 19 de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas; 9, 12 y 14 de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital; 1254, 1257 y 1261 del Código Civil; 22, 30, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47 y 49 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 30 de junio de 1993, 8 de noviembre de 1995, 16 de septiembre de 2009, 2 de febrero de 2011 y 6 de abril y 27 de mayo de 2013. 1. La tortuosa singladura que lleva recorrida la escritura calificada debe ser recordada con carácter previo a cualquier

pronunciamiento para que los hechos que sirven de base al objeto de este expediente queden debidamente enmarcados: a) La escritura pública autorizada por el notario de Madrid, don Rafael Vallejo Zapatero, el día 27 de diciembre de 2012 por la que la sociedad recurrente, “Valora 2002 S.L.”, domiciliada en Madrid absorbe a tres sociedades íntegramente participadas (directamente las sociedades “Doña Santos, S.L.U.”, y “Aeratlántica, S.L.”, e indirectamente la sociedad “Eurocharter, S.A.U.”) y pertenecientes al distrito del Registro Mercantil de Palma de Mallorca es objeto de presentación en ambos Registros. La escritura contiene como documentación complementaria el certificado emitido por el recurrente del acuerdo unánime de los socios de la junta universal de la sociedad absorbente celebrada el día 7 de noviembre de 2012 por el que se acuerda la aprobación del proyecto de fusión; el proyecto de fusión de fecha 7 de noviembre de 2012 firmado por el recurrente como administrador único de todas las sociedades intervinientes; los balances de las sociedades que intervienen en la operación y copia de los anuncios publicados en dos diarios y en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” relativos al acuerdo de fusión. b) Calificada negativamente por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Palma de Mallorca y recurrida la calificación recae la Resolución de este Centro Directivo de fecha 6 de abril de 2013. c) Calificada negativamente por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles IX de Madrid y recurrida la calificación da lugar a la Resolución de este Centro Directivo de fecha 27 de mayo de 2013. d) Devuelta ahora al Registro Mercantil de Madrid, junto con escritura de rectificación por la que se deja sin efecto la absorción en cuanto a la sociedad indirectamente participada en función de los acuerdos de la sociedad absorbente que se han especificado en los hechos, es objeto de nueva calificación negativa dando lugar a este expediente. El registrador entiende en su acuerdo de calificación que la modificación llevada a cabo exige un nuevo procedimiento de fusión (proyecto y nota de ausencia de obstáculos de las sociedades absorbidas) al implicar el nuevo acuerdo un pronunciamiento distinto con diferentes consecuencias jurídicas y patrimoniales. El recurrente entiende por el contrario que concurren los requisitos exigidos por la legislación por lo que debe revocarse la calificación. 2. Con carácter previo es preciso recordar una vez más la reiterada doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012 y 27 de febrero de 2013 por todas), que entiende que aunque la argumentación en que se fundamenta la nota de calificación haya sido expresada de modo ciertamente escueto, es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo demuestra en este caso el contenido del escrito de interposición del recurso.³ La cuestión planteada en este expediente, dados los términos en que se pronuncia el acuerdo del registrador y los argumentos del escrito de recurso, obliga a analizar siquiera sucintamente cual es el significado y alcance del procedimiento de fusión, de los acuerdos sociales que se producen en su desarrollo, de los efectos que para socios y terceros se derivan y, finalmente, de los requisitos que para su inscripción en el Registro Mercantil son precisos. Definida la fusión como el proceso en virtud del cual “...dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan” (artículo 22 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles), la protección del complejo conjunto de intereses que pueden resultar afectados se articula legalmente a través de la regulación de un procedimiento de actuación, de carácter obligatorio, que sólo cuando es debidamente cumplimentado desensuelve los efectos previstos por el legislador (artículos 46 y 47 de la propia Ley). La diversidad de intereses potencialmente afectados (socios capitalistas con o sin prestaciones accesorias, socios con privilegios, socios industriales, titulares de derechos especiales o tenedores de títulos, expertos independientes, administradores, trabajadores, acreedores...) provoca que la previsión legal se acomode a la protección de todos aquellos posibles regulando como variaciones o excepciones de la regla general aquellos otros en que la presencia de intereses protegibles es más limitada. Dicho de otra forma, en la medida que la finalidad del procedimiento de fusión es proteger los intereses afectados, su mayor o menor complejidad dependerá de la diversidad de intereses presentes. Como en cualquier otro procedimiento, la ausencia de interés protegible hace innecesarios aquellos trámites previstos para su defensa. No es por tanto el procedimiento de fusión un mecanismo ritual definido por la existencia de distintos pasos de inexorable concurrencia sino que su mayor o menor complejidad viene determinada por la presencia en cada situación concreta de unos u otros intereses. La legislación comunitaria, de la que procede la regulación vigente en España, ha ido acotando los supuestos en los que el procedimiento de fusión puede prescindir de trámites innecesarios al estar los intereses presentes en el proceso suficientemente protegidos. El preámbulo de la Directiva 2009/109/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 afirma con rotundidad que es preciso reducir las cargas de las sociedades al mínimo necesario y que cualquier acuerdo societario de reducción de trámites debe salvaguardar los sistemas de protección de los intereses de los acreedores. La Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital que ha tenido como objetivo, expresivamente presente en su denominación, llevar a cabo la transposición a nuestro ordenamiento del contenido de la Directiva reitera las anteriores afirmaciones. En definitiva nada impide que ante situaciones de hecho exentas de complejidad el procedimiento se simplifique y agilice al máximo pese a

lo cual desenvuelve la misma intensidad de efectos (la sucesión universal) que los supuestos más complejos. Pero por sencilla que sea la situación de hecho, la normativa comunitaria y la española imponen en cualquier caso la salvaguarda de los derechos de los socios y de aquellos eventuales acreedores a quienes pueda afectar el proceso. 4. Conceptuada la fusión como un acuerdo entre sociedades (vid. artículo 40 de la Ley 3/2009: “La fusión habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios...”), es indiscutible la base negocial del instituto. Con independencia de la mayor o menor complejidad que haya revestido la declaración de los pronunciamientos sociales (artículo 42) y de si los mismos son expresión de un acuerdo de Junta o de una decisión del socio único (artículo 49), lo determinante es que desde el momento en que existe voluntad social concurrente existe negocio jurídico. No quiere decir esto que la confluencia de consentimientos negociales baste por si sola para producir los efectos propios de la fusión sino que desde ese momento las sociedades participantes están vinculadas entre si por el contenido del acuerdo haya existido o no previo proyecto de fusión (artículo 1254 y 1261 del Código Civil). Los plenos efectos de la fusión sólo se alcanzan al culminar el procedimiento previsto por el legislador mediante la escrituración del acuerdo y su inscripción en el Registro Mercantil, momento en el que el negocio despliega su eficacia en el ordenamiento y es plenamente oponible frente a cualquiera. Como expresamente afirma el artículo 46 de la Ley 3/2009: “1. La eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente”. En consecuencia, sólo con la inscripción se culmina el proceso de fusión en los términos definidos por el artículo 22 del propio texto legal. No se trata de que la inscripción sea constitutiva en el sentido de que forme parte del tipo negocial; como ha tenido ocasión de poner de manifiesto esta Dirección General (vid. Resoluciones de 16 de septiembre de 2009 y 4 de abril de 2013), la inscripción supone el trámite exclusivo y excluyente para obtener la oponibilidad frente a terceros del acto sujeto a ella, de manera que el conocimiento extrarregistral del mismo no produce efecto alguno. De este modo y en sede de fusión, la confluencia de los consentimientos negociales de las sociedades implicadas comporta su vinculación sin perjuicio de que el despliegue de los efectos propios del negocio dependa de que se culmine el procedimiento con la inscripción en el Registro Mercantil. Así conceptualizado el acuerdo de voluntades nada debe oponerse a que el mismo pueda ser objeto de alteración o modificación por las partes siempre que concurra su consentimiento de acuerdo con las reglas generales del ordenamiento (artículo 1203.1 del Código Civil). Si nada obsta a que una sociedad modifique su voluntad social siempre que con ello no perjudique derechos adquiridos o a terceros (vid. Resolución de 8 de noviembre de 1995 y artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital), nada debe obstar a que la modificación de la voluntad se haga en el ámbito de un negocio jurídico con tal de que se cumplan las reglas generales. Evidentemente el acuerdo de modificación será tanto más fácil de alcanzar cuanto la presencia de intereses involucrados sea más sencilla pero incluso en supuestos más complejos el principio de mutabilidad de la voluntad social es el mismo. No se opone a lo anterior el artículo 40.1 de la Ley 3/2009 al afirmar que el acuerdo se hará “...ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión, con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan. Cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta”. Y no se opone porque el artículo 40 lo que prohíbe es la modificación unilateral de las condiciones pactadas de la fusión cuando existe proyecto, de acuerdo también a las reglas generales del ordenamiento. Como resulta del propio artículo nada se opone a la adopción del acuerdo de fusión en forma distinta a lo establecido en el proyecto si se hace con el consentimiento unánime de las sociedades intervinientes pues lo que está vedado es la modificación unilateral. Cuestión distinta es que, como consecuencia de las exigencias del procedimiento, la modificación deba tener en cuenta intereses que hasta ese momento no estaban presentes y que por consiguiente deberán ser respetados; pero la mayor o menor complejidad que de ello se derive no oculta el hecho esencial de que el acuerdo de fusión puede ser objeto de modificación. Como ya afirmara la resolución de 30 de junio de 1993 en relación precisamente a un proceso de fusión de sociedades, salvaguardados los derechos de terceros, no puede entorpecerse el derecho de los socios a tratar cualquier asunto cuando así lo estimen oportuno. 5. Alcanzado el acuerdo de modificación la culminación del proceso exige, como queda dicho, la salvaguarda de la posición jurídica de los terceros afectados. Dejando ahora de lado supuestos específicos (incorporación al proceso de una sociedad con titulares no socios de derechos especiales por ejemplo), la previsión de la Ley es que en cualquier caso queden a salvo los derechos de los eventuales acreedores de las sociedades involucradas. En los supuestos ordinarios, la protección se articula a través de la publicación o notificación individual del acuerdo de fusión (artículo 43 de la Ley 3/2009) y por el reconocimiento de un derecho de oposición a ejercitar en el plazo de un mes que, de no ser respetado, puede dar lugar a determinadas actuaciones (artículo 44). Lo que es trascendente a efectos de este expediente es que la salvaguarda de los derechos de los acreedores se establece a partir de un momento inicial que es el de la publicación del acuerdo o el de la comunicación individual pues solo a partir de ese momento y con conocimiento del acuerdo concreto alcanzado pueden ponderar si hacen uso del derecho de oposición que les reconoce el ordenamiento. Así resulta del artículo 44 de la Ley: “Derecho de oposición de los acreedores. 1. La fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos”.

Aunque la publicidad se limita al hecho de que se ha acordado la fusión, el artículo 43 aclara que en el anuncio debe constar “el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión”. Cualquier modificación del acuerdo de fusión tiene en consecuencia relevancia para los acreedores porque su contenido delimita el ejercicio del derecho de oposición. Cuando la modificación del acuerdo de fusión es anterior a la publicación o notificación todavía no ha surgido el derecho de oposición, pero cuando la modificación es posterior a la publicidad o notificación es evidente la necesidad de publicar o notificar la modificación. La mera publicación o notificación de los acuerdos de fusión primeramente adoptados es insuficiente porque el derecho de los acreedores no queda salvaguardado al haber carecido de la posibilidad de conocer el contenido concreto del acuerdo de fusión definitivamente alcanzado junto a los balances de las sociedades afectadas. Culminándose el procedimiento de fusión mediante la debida escrituración de los acuerdos sociales y documentación complementaria y mediante su oportuna inscripción en el Registro Mercantil, esta no podrá llevarse a cabo sino resulta la regular adopción de los acuerdos de fusión y de modificación y la debida salvaguarda de los derechos de los acreedores. 6. En el supuesto de hecho que ha dado lugar a este expediente la modificación del acuerdo de las sociedades involucradas en la fusión por absorción ha consistido en la exclusión, con el consentimiento de la afectada, de una de ellas. De la documentación que obra en el Registro resulta debidamente documentado, el acuerdo de modificación tanto de la sociedad absorbente como de la sociedad participada indirectamente así como el de la sociedad intermedia. Ante esta situación no puede exigirse que se inicie, como si no hubieran existido los anteriores acuerdos de fusión de las sociedades involucradas, un procedimiento nuevo pues como vimos, nada obsta a que el consentimiento negocial sea modificado si concurre un consentimiento unánime. No estamos en definitiva ante un nuevo procedimiento de fusión sino ante el que se abrió anteriormente si bien con las modificaciones introducidas por las partes involucradas. Si de la documentación que obra en el Registro resulta el conjunto de requisitos exigidos para practicar la inscripción esta debe llevarse a cabo en los términos que resultan de la modificación practicada pues los efectos de la fusión y por tanto su plena eficacia jurídica no se produce hasta entonces. La nota de defectos sólo ha planteado la cuestión de si los acuerdos pueden ser objeto de modificación, cuestión que ha sido debidamente contestada. Dichos términos impedirían entrar en una cuestión que, apuntada anteriormente, no ha sido planteada: la suficiencia de los acuerdos de modificación de sólo parte de las sociedades afectadas. Aunque el artículo 326 de la Ley Hipotecaria determina estrictamente el objeto de este expediente este Centro Directivo entiende que es importante destacar que, como resulta de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital y de la Directiva 2009/109/CE que transpone, no deben exigirse cuestiones formales que resulten excesivas o innecesarias. Y es importante resaltar esta cuestión porque dado que la sociedad absorbente participa íntegramente las sociedades absorbidas, que la voluntad de modificación del proceso de fusión es indubitada y que el administrador compareciente lo es de todas las sociedades afectadas en el proceso sería redundante, por excesivo, exigir que el compareciente expresara una declaración de voluntad explícita en nombre de las dos sociedades absorbidas que permanecen en el proceso y respecto de las que la escritura de modificación de la fusión no hace pronunciamiento alguno. Entrando en el contenido de la nota de defectos, al no estar ante un nuevo procedimiento de fusión, no cabe solicitar un nuevo proyecto de fusión (por lo demás innecesario en el supuesto concreto, ex artículo 42 de la Ley), ni nueva certificación del Registro Mercantil de origen de las sociedades no afectadas por la modificación. Habida cuenta de la vigencia del asiento de presentación de la documentación y de la nota marginal de cierre provisional de las sociedades definitivamente absorbidas (artículo 231 del Reglamento del Registro Mercantil), no puede exigirse una nueva certificación confirmatoria de los datos que ya obran en poder del registrador. Tampoco habría sido posible, como solicita el recurrente en su escrito de recurso, que la certificación de inexistencia de obstáculos registrales se hiciera directamente por el registrador de destino pues no es una cuestión técnica sino competencial. Al igual que el registrador de origen no puede calificar los aspectos sustantivos del proceso de fusión (Resolución de 6 de abril de 2013), el registrador de destino carece de competencia para calificar la existencia o inexistencia de obstáculos registrales en aquél y para practicar la nota marginal del artículo 231 del Reglamento del Registro Mercantil. También considera este Centro Directivo que debe existir un pronunciamiento, pues así lo exige la pretensión del escrito de recurso, en relación a la posición de los acreedores ya que al afirmar que no ha existido oposición tras la publicación de los anuncios de fusión primeramente acordados, concluye que la documentación puede acceder a los libros registrales. Ciertamente la escritura de fusión recoge la inexistencia de oposición en relación a los acuerdos iniciales, pero como quedó explicado más arriba el derecho de oposición se fundamenta en el contenido de los acuerdos de fusión y en el conocimiento que de los mismos se proporciona a los acreedores, así como a la información complementaria que de ellos y del estado patrimonial de las sociedades afectadas pueden solicitar (artículos 43 y 44 de la Ley 3/2009). No puede pretenderse que los efectos de la publicidad de unos acuerdos determinados se proyecten, con efectos frente a terceros, sobre otros acuerdos posteriores que no han sido publicados y que modifican aquellos. La inscripción no puede practicarse en consecuencia hasta que no se publiquen o notifiquen a los eventuales acreedores los acuerdos de fusión y su modificación y se de debido cumplimiento a lo previsto en

el artículo 44 de la propia Ley como requisito ineludible de salvaguarda de sus derechos. Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso parcialmente en los términos que resultan de las consideraciones anteriores. Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria. Madrid, 3 de octubre de 2013.-El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.

²⁴⁹¹ Sobre la cláusula “rebus sic stantibus”, TAPIA HERMIDA, A., “*Relevancia del cambio o mutación de las condiciones básicas del contrato. Nueva denominación, conceptualización y aplicación de la cláusula rebus sic stantibus*”, RPD(CEF), núm. 165, octubre 2014, pp. 49-94.

²⁴⁹² La Sección 11.08 de la MBCA indica “(a) Unless otherwise provided in a plan of merger (...) or in the laws under which a foreign business corporation (...) is organized, after the plan has been adopted and approved as required by this chapter, and at any time before the merger (...) has become effective, it may be abandoned by a domestic business corporation that is a party thereto without action by its shareholders, in accordance with any procedures set forth in the plan of merger (...), if no such procedures are set forth in the plan, in the manner determined by the board of directors, subject to any contractual rights of other parties to the merger (...),” y que “(b) If a merger (...) is abandoned under subsection (a) after articles of merger (...) have been filed with the secretary of state but before the merger (...) has become effective, a statement that the merger (...) has been abandoned in accordance with this section, executed on behalf of a party to the merger (...) by an officer or other duly authorized representative, shall be delivered to the secretary of state for filing prior to the effective date of the merger (...). Upon filing, the statement shall take effect and the merger (...) shall be deemed abandoned and shall not become effective”.

²⁴⁹³ Según la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 18 de enero de 2013, la regla según la que nadie queda obligado a lo imposible “ad impossibilia nemo tenetur” (Digesto 50.17.185), se refleja, cuando el impedimento acontece después de perfeccionado el contrato, en la liberación del deudor que no pueda realizar la conducta de prestación que hubiera prometido. Esa imposibilidad de cumplir se regula, con el nombre de pérdida o destrucción, para las obligaciones consistente en la entrega de una cosa y con el de imposibilidad legal o física, para las de hacer, en la sección segunda del capítulo IV del título I del libro IV del Código Civil, específicamente, en los artículos 1182, 1183 y 1184. Se trata de normas que hay que poner en relación con la del artículo 1156, referida a las causas de extinción de las obligaciones. Los artículos 1256 y siguientes del Código Civil italiano establecen esa causa de extinción de la obligación, como regla, cuando la imposibilidad sea definitiva y total, con tal de que no resulte “imputabile al debitore”. Los artículos 790 y siguientes del Código Civil portugués sancionan la misma consecuencia liberatoria si la imposibilidad no es “imputável ao devedor” y si, además, tiene una naturaleza objetiva, si es subjetiva el efecto se produce cuando el deudor “não puder fazer-se substituir por terceiro” en el cumplimiento. En los Principios UNIDROIT, artículo 7.1.7, y en los de Derecho europeo de contratos, artículo 8:108 la liberación del deudor se condiciona a la prueba de que el impedimento estuvo fuera de su control si, además, no se puede razonablemente entender que hubiera debido tenerse en cuenta en el momento de celebrar el contrato o debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias. Esta es, en lo sustancial, la previsión contenida en el artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. En nuestro vigente ordenamiento para que la liberación del deudor se produzca por imposibilidad de consistente en que la prestación imposible sea la diseñada a cargo del deudor en el acto constitutivo del vínculo y no otra. Como consecuencia, no cabe atribuir efectos extintivos a los impedimentos sobrevenidos que fueron tomados en consideración por las partes al contratar o que, razonablemente, deberían haberlo sido, ya para evitarlos o superarlos, ya para evitar o superar sus consecuencias. En relación con tal exigencia, la sentencia de 20 de mayo de 1997, precisó que “la imposibilidad del cumplimiento de la prestación que admite restrictivamente la jurisprudencia no puede venir referida a unas circunstancias (...) en las que influyó decisivamente el comportamiento del deudor, (...) y (...) la posible dificultad que hubiese habido (...) era cuestión razonablemente previsible a la celebración del contrato, sin perjuicio de que la mayor o menor dificultad de cumplimiento de una obligación nunca puede equivaler a la imposibilidad que establece la norma legal”.

²⁴⁹⁴ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. II*), p. 689; PUIG BRUTAU, J., (*Fundamentos de Derecho Civil, t. I, v. II*), p.355, afirma que “el concepto de imposibilidad de la prestación tiene un sentido general y se refiere tanto al caso de haberse perdido la cosa, como al de haberse convertido en imposible lo que se tenía que hacer. Como causa de extinción de la obligación la imposibilidad que interesa es la sobrevenida”.

²⁴⁹⁵ Artículo 1182: “Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”.

²⁴⁹⁶ Artículo 1184: “También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”.

²⁴⁹⁷ Artículo 1105: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

²⁴⁹⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de junio de 2014; Alude la diferenciación entre caso fortuito y fuerza mayor PUIG BRUTAU, J., (*Fundamentos de Derecho Civil, t. I, v. II*), p. 436 alude a las dudas sobre si los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor son iguales o diferentes, indicando, en p. 437, a que “la doctrina ha tratado de fundar la diferencia a base de entender que el caso fortuito es el acontecimiento que sobreviene de manera imprevista, aunque de por sí era evitable, mientras que la fuerza mayor es el hecho que no hubiese podido evitarse ni en el caso de haber sido previsto”; DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. II*), p. 727, afirma que en una interpretación adecuada el artículo 1105 CC “se borra por completo en materia de responsabilidad contractual la diferencia que algunos pretenden que existe entre el caso fortuito y la fuerza mayor, que sólo puede jugaren otros terrenos diferentes”; En esta última línea parece situarse la STS, Sala Primera de lo Civil, de 15 de julio de 2002, según la cual “en los supuestos en que exista imprevisibilidad cesará la obligación de responder por aplicación del artículo 1105 del Código Civil, y entra en juego el mecanismo del caso fortuito, por el que se entiende todo suceso imposible de prever, o que, previsto, sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa alguna del agente, de manera que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, por lo que para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable, y que cuando el acaecimiento dañoso fue debido al incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar falta la adecuada diligencia por omisión de atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotando una conducta interfiriente frente al deber de prudencia y cautela exigibles, que como de tal índole es excluyente de la situación de excepción que establece el indicado artículo 1105, al implicar la no situación de imprevisibilidad, insufribilidad e irresistibilidad requeridas al efecto (STS de 5 de febrero de 1991, que cita también las de 22 de diciembre de 1981, 11 de noviembre de 1982, 15 de mayo de 1986 y 16 de febrero de 1988)”. Sin embargo ha de resaltarse que una antigua jurisprudencia de la misma Sala mantenía la diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor, SSTS Sala Primera, de lo Civil, de 2 de febrero de 1926, 16 de mayo y 9 de noviembre de 1941, 2 de enero de 1945, 8 de febrero de 1947, 24 de septiembre de 1953 y 30 de septiembre de 1983, indicando ésta última sentencia lo siguiente: “En ordena la apreciación de la fuerza mayor en el ámbito jurídico, es de tener en cuenta que, aunque en el terreno doctrinal es opinión dominante, con proyección al campo jurisprudencial, la que viene a identificar las figuras del caso fortuito y la fuerza mayor, algún otro sector de la doctrina civilista entiende, que existen diferencias entre uno y otra, consistentes en que los casos de fuerza mayor no sólo son imprevisibles, sino además inevitables o irresistibles (*vis cui resisti non potest*), manteniendo teorías subjetiva y objetiva, apreciando en la primera, que mientras el caso fortuito es el acontecimiento que no puede preverse, pero que previsto pudiera haber sido evitado, la fuerza mayor es un acontecimiento que aún se hubiera previsto, habrían sido inevitable, en cambio la segunda, atendiendo a la procedencia interna o externa del obstáculo impeditivo del cumplimiento de la obligación, configura el caso fortuito como acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación, y al fuerza mayor como acontecimiento que se orina fuera de la empresa o círculo afectado por la obligación, con violencia insuperable tal que, considerado objetivamente, queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario y normal de la vida, lo que conduce, en ambas apreciaciones, a que si en principio, y por punto general, la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, no está expresamente recogida en nuestro C. Civ., y concretamente en su art. 1105, no obstante esta distinción es necesaria en determinados casos, como sucede en los supuestos de los arts. 1784 y 1905 de dicho Cuerpo legal, por tratarse de tipos cualificados”, con remisión y cita expresa del contenido de las sentencias de la misma Sala de Sala de 2 de febrero de 1926, 2 de enero y 9 de noviembre de 1945.

²⁴⁹⁹ Afirma DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. II*), p.691, que la función y el papel que la imposible prestación cumple en nuestro sistema de Derecho de obligaciones es el siguiente, “a) Ante todo la imposibilidad sobrevenida de la prestación es una causa que impide el ejercicio de la acción de cumplimiento y que, por consiguiente, genera una situación de liberación del deudor respecto de tal acción; b) No por el hecho de que se produzca la imposibilidad sobrevenida, incluso de que ésta sea fortuita, puede negársele al acreedor que sufre la lesión en su derecho de crédito, los remedios posibles, como es en particular la facultad resolutoria en las obligaciones sinalagmáticas; c) Por lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios, éste debe regirse de acuerdo con las reglas generales”; El artículo 1209 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos (2009), establece que “no será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes: 1.º Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y

extraño a su esfera de control; 2.º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento”.

²⁵⁰⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2014.

²⁵⁰¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2014, que precisa lo siguiente: “Si se repara, esta es la tendencia que es seguida tanto en la regulación de esta cláusula en algunas de la legislaciones europeas, caso del Derecho alemán, en donde en el párrafo primero del parágrafo 313 no aparece expresamente la nota de la imprevisibilidad del cambio de circunstancias, debiéndose ser inferido de los cambios no previstos por las partes, como en los textos internacionales y de armonización (contractual). En esta línea, para los Principios UNIDROIT la imprevisibilidad deriva de que los acontecimientos, no debieron haber sido previstos “por la parte en desventaja, ni de que cayeran en su esfera de control”. Los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) la configuran respecto de que dicho cambio “no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el momento de la celebración del contrato”. En parecidos términos, el Proyecto de la Compraventa Europea, en relación a que dicho cambio “no se tuvo en cuenta y no pueda esperarse que se tuviese en cuenta” y, en suma, nuestra propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, que expresamente alude especialmente “a la distribución contractual o legal de los riesgos””.

²⁵⁰² Artículo 1124 del Código Civil; La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de Mayo de 2014, indica lo siguiente: “Si se repara en la dinámica de la obligación se observa como la incidencia de los tradicionalmente denominados incumplimientos resolutorios gravitan en orden a una variante del incumplimiento que tiene por referencia el plano central de ejecución de la prestación debida; en la terminología de los textos de armonización de Derecho contractual europeo, porque dicho cumplimiento no se ajusta al contrato, o bien, constituye una falta de ejecución de la obligación. A este orden, dejando aparte la perspectiva liberatoria que encierra el supuesto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, responden, sin lugar a dudas, los supuestos tradicionalmente encuadrados dentro de los incumplimientos resolutorios que se derivan de la prestación defectuosa, del aliud pro alio, del término configurado como esencial y, en su caso, de la excepción de contrato cumplido (...). Fuera de este ámbito conceptual, la categoría del incumplimiento esencial se aleja de la variante de la prestación debida para residenciarse, mas bien, en la coordenada de la satisfacción del interés del acreedor; en donde el centro de atención no se sitúa ya tanto en el posible alcance resolutorio del incumplimiento de deberes contractuales previamente programados y, en su caso, implementados conforme al principio de buena fe contractual, sino en el plano satisfactivo del cumplimiento configurado en orden a los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que, por lo general, cursan o se instrumentalizan a través de la base del negocio, la causa concreta del contrato, ya expresa o conocida por ambas partes, o la naturaleza y características del tipo contractual llevado a cabo. Instrumentación técnica que concuerda, por lo general, con las expresiones al uso ya en relación a la privación sustancial de “todo aquello que cabe esperar en virtud del contrato celebrado”, en la formulación de los textos de armonización, o bien, en terminología más jurisprudencial, respecto de la frustración del “fin práctico” perseguido, de la “finalidad buscada” o de las “legítimas expectativas” planteadas. En este marco metodológico, conviene señalar que también recientemente la jurisprudencia (...) ha resaltado la importancia del plano satisfactivo del cumplimiento en el contexto de la dinámica contractual. En la línea expuesta, y a título ejemplificativo, se ha destacado la instrumentación técnica de la base del negocio como criterio de interpretación contractual en orden a la delimitación del carácter esencial del término establecido (...), de la calificación del contrato celebrado (...), del objeto contractual proyectado (...), de su determinación en el marco de una relación comercial compleja (...) como, en su caso, de su incidencia y función en orden a la tipicidad contractual de la cláusula rebus sic stantibus (...). En parecidos términos, el plano de la satisfacción de los intereses del acreedor ha sido tenido en cuenta a la luz de la naturaleza y caracterización del tipo contractual llevado a cabo por las partes (...) y, en general, a la hora de determinar el cumplimiento obligacional en los supuestos de retraso y determinabilidad del plazo de entrega (...), así como de su proyección en los supuestos de licencia de primera ocupación y del aval en garantía (...). Esta delimitación de los elementos conceptuales en los que se articula la categoría del incumplimiento esencial también puede servir de referencia en orden a establecer unas directrices acerca de la diferenciación de su régimen aplicativo. En este sentido, pueden señalarse los siguientes criterios en orden a su incidencia en la dinámica resolutoria de la obligación: i) En primer término, debe destacarse que la categoría del incumplimiento esencial responde a un notable grado de especialización en su régimen aplicativo en la medida en que su interpretación, en el marco de la relación contractual, no opera en el mismo plano valorativo que el de los denominados incumplimientos resolutorios. En este sentido, mientras que estos quedan residenciados en el plano de los incumplimientos de los deberes contractuales y su ponderación se cifra en el alcance del desajuste o falta de ejecución, observado objetivamente desde el programa prestacional establecido; el incumplimiento esencial se centra primordialmente, tal y como se ha expuesto, en la coordenada satisfactiva del cumplimiento y, en consecuencia, no tanto en la exactitud o ajuste

de la prestación realizada, sino en la perspectiva satisfactiva del interés del acreedor que informó o justificó la celebración del contrato; de forma que su valoración e interpretación en el fenómeno contractual se amplía al plano causal del contrato y a su peculiar instrumentación técnica a través de la base de negocio, de la causa concreta del mismo o a la naturaleza y caracterización básica del tipo negocial llevado a la práctica; ii) Esta perspectiva metodológica determina que la valoración del alcance o de la transcendencia resolutoria del incumplimiento en cuestión también opere en planos diferenciables, de suerte que los tradicionales conceptos de “gravedad” y de “esencialidad” no resultan asimilables, a estos efectos, en el marco de la interpretación de la relación contractual. Así, mientras que el primero queda referenciado o enmarcado en el juego de las obligaciones principales del contrato, de forma que solo el desajuste o la falta de ejecución de estas obligaciones principales comportan un alcance propiamente resolutorio, a diferencia de los denominados incumplimientos leves o infracciones mínimas (...); el segundo, por su parte, escapa a dicho enfoque pudiendo alcanzar su ponderación al conjunto o totalidad de prestaciones contractuales, sin distinción, ya sean estas de carácter accesorios o meramente complementarias, si de la instrumentación técnica señalada se infiere que fueron determinantes para la celebración o fin del contrato celebrado; iii) Como secuencia o consecuencia lógica de lo anteriormente expuesto, el régimen del incumplimiento esencial también escapa o no queda condicionado por el principio de reciprocidad que dibuja la sinalagmaticidad de la relación obligatoria como presupuesto de aplicación del marco resolutorio del artículo 1124 del Código Civil, ya que puede extenderse al ámbito de obligaciones que no formen parte del sinalagma en sentido estricto, caso de las obligaciones accesorias, de carácter meramente complementario; iv) Por último, y como proyección del presupuesto causal que informa su régimen, y conforme a su moderna formulación en los textos de referencia, el incumplimiento esencial también se proyecta como una valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabría esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado”.

²⁵⁰³ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2014.

²⁵⁰⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2014.

²⁵⁰⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2014.

²⁵⁰⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., Op. cit. (*Elementos de Derecho Civil* t. II, v. segundo), p. 238

²⁵⁰⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., op. cit. (*Elementos de Derecho Civil*, t. II, v. segundo), p. 238

²⁵⁰⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., op. cit. (*Elementos de Derecho Civil*, t. II, v. segundo), p. 239. Afirma el mismo autor, en op. cit. (*Manual de Derecho Civil*), p. 665, que “el contrato debe ser cumplido incluso si, después de celebrado, se produce una alteración de las circunstancias tal que resulta más difícil u onerosa la ejecución de lo pactado para alguno de los contratantes” pero, ha de cuestionarse que ocurre si aquella modificación, “con la que razonablemente no se podía contar es tal que la operación pierde su sentido originario y las pretensiones de una de las partes llegan a ser contraías a la equidad más elemental”, que precisa “pues cada contratante al manifestar su consentimiento, ha asumido el riesgo de alteración de las circunstancias, contra el cual habría debido precaverse y en cambio no lo ha hecho”; “Cada contratante, al consentir, ha asumido el riesgo de que sobrevenga una alteración que agrave el cumplimiento de la obligación”, afirma PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil*”, t. II, v. I), p. 362; Según De CASTRO, F., op. cit. (*El Negocio Jurídico*), p. 16, la cláusula “rebus sic stantibus” se encuentra entre las figuras nacidas al amparo de los principios de justicia y equidad y provoca una tendencia moralizadora del Derecho”.

²⁵⁰⁹ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”, v. I), p. 1055.

²⁵¹⁰ Lo cual no significa que no se aplicase en otros sectores del Derecho, así indican las SSTS, Sala Cuarta, de lo Social de 26 de Abril de 2007, 5 de Abril de 2010 y 12 de Marzo del 2013, lo siguiente: “Es cuestión muy controvertida la relativa a la incidencia de la modificación sobrevenida de las circunstancias en el ámbito del Derecho del Trabajo; y más singularmente sobre las obligaciones pactadas en Convenio Colectivo. En la doctrina civil, existen al respecto diversas teorías (de la cláusula “rebus sic stantibus”; de la imprevisión; de la excesiva onerosidad de la prestación; o la de la desaparición de la base del negocio), conforme a las cuales (...) se posibilitaría la extinción o modificación de la relación obligatoria si se alteraran de modo trascendente e imprevisible las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes como necesarias para su desarrollo o para alcanzar el fin por ellas perseguido Pero debemos señalar, asimismo, que la STS 14/12/40 - primera en abordar frontalmente el tema- hubiese destacado la excepcionalidad de la medida (“tan equitativa como necesitada de aplicación muy cautelosa”) y con mayor motivo desde que la STS 17/05/57 fijase sus rigurosos requisitos: a) alteración extraordinaria de las circunstancias; b) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado; y c) sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles. Exigencias de las que siempre se hizo eco la jurisprudencia social, limitando la posible excepción al principio “pacta sunt servanda” a supuestos extraordinarios en que por

virtud de acontecimientos posteriores e imprevistos resulte extremadamente oneroso para una de las partes mantener el contrato en su inicial contexto. Y si ya en el ámbito del Derecho civil la cláusula –“rebus sic stantibus”– tiene dificultades aplicativas, con mayor motivo han de sostenerse obstáculos a ella en el Ordenamiento jurídico laboral, tanto por sus específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo (arts. 39 a 41 ET), cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho (art. 3.1 ET), al situarse en el orden jerárquico inmediatamente después de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, de tal suerte que los convenios están llamados a disciplinar el desarrollo de la relación de trabajo en el ámbito que les es propio, en tanto no sean anulados, en todo o en parte (...) Hasta el punto de que la teoría (“rebus sic stantibus”) únicamente cabría aplicarla -restrictivamente- cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es impredicable de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE; (“cuerpo de contrato y alma de Ley”, se ha dicho); e incluso -tratándose de condición individual de trabajo, la citada cláusula “rebus sic stantibus” habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET, pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la Empresa”.

²⁵¹¹ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, artículo 62, titulado “Cambio fundamental en las circunstancias, establece lo siguiente: 1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que: a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado. 2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él: a) si el tratado establece una frontera; o b) si el cambio fundamental resulta de una violación por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado. 3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado”. En su versión original: “Fundamental change of change of circumstances 1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless: (a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and (b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty. 2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty: (a) if the treaty establishes a boundary; or (b) if the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty. 3. If, under the foregoing paragraphs, a party may invoke a fundamental change of circumstances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty it may also invoke the change as a ground for suspending the operation of the treaty”.

²⁵¹² En cuyo desarrollo se presenta como hitos más sobresalientes la doctrina contenida en las sentencias, también de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, de fechas 17 y 18 de enero de 2013, en las cuales ya “se reconoce que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias”.

²⁵¹³ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2014.

²⁵¹⁴ International Institute for the Unification of Private Law / L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT); Según establecen los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts), Sección 2, titulada “Excesiva Onerosidad”, en su artículo 6.2.1, (Obligatoriedad del contrato): “Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (hardship)”. En su artículo 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship)): “Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.

En su artículo 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship)): “(1) En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamación deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa. (2) La reclamación de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento. (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal. (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio”, en su versión original: “Artículo 6.2.1.:Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship; Artículo 6.2.2 :There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party; Artículo 6.2.3:(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium”.

²⁵¹⁵ El artículo 6:111, de los de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando, titulado “Cambio de circunstancias”, y que forma parte del Capítulo 6, “Contenido y efectos”, establece lo siguiente: “(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe. (2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: (a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. (c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias. (3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá: (a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado. (b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura”, en su versión original “article 6:111: Change of Circumstances, (1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished. (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear. (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) end the contract at a date and on terms to be determined by the court; or (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing”.

²⁵¹⁶ Que en su Capítulo III, titulado “De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato”, artículo 1213, establece lo siguiente: “Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”.

²⁵¹⁷ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll. european law publishers GmbH, Munich 2009 cuyo artículo Artículo III.-1:110, titulado “modificación o extinción por un juez o tribunal debido a un cambio de circunstancias”, establece lo siguiente: “Modificación o extinción por un juez o tribunal debido a un cambio de circunstancias. (1) Una obligación debe ser cumplida aún cuando su cumplimiento haya devenido más oneroso, ya sea porque el coste de ejecución se ha incrementado o porque el valor de la contraprestación ha disminuido. (2) Si, no obstante lo anterior, el cumplimiento de una obligación contractual o que surja de un acto jurídico unilateral deviene más onerosa debido a un cambio de las circunstancias de tal modo que resultaría manifiestamente injusto mantener al deudor en su obligación, un juez o tribunal puede: (a) modificar la obligación para hacerla razonable y equitativa conforme a las nuevas circunstancias; o (b) extinguir la obligación en la fecha y en los términos que determine el juez o tribunal. (3) El apartado (2) solamente aplicará si: (a) el cambio de las circunstancias ocurrió con posterioridad al momento en el que la obligación fue contraída; (b) el deudor no tomó en consideración en ningún momento ni se podría razonablemente esperar que hubiera tenido en cuenta, la posibilidad o magnitud del cambio de circunstancias; (c) el deudor no asumió, y no puede razonablemente ser tratado como si hubiera asumido, el riesgo de tal cambio de circunstancias; y (d) el deudor ha intentado, razonablemente y de buena fe, alcanzar mediante una negociación un ajuste razonable y equitativo de los términos que regulan la obligación”. En su original redacción: “Variation or termination by court on a change of circumstances. (1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished. (2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may: (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court. (3) Paragraph (2) applies only if: (a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred; (b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances; (c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and (d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation”.

²⁵¹⁸ Artículo 437, titulado “Condiciones de admisibilidad” (Condições de admissibilidade) “1. Si las circunstancias en que las partes fundaran su decisión de contratar hubieran sufrido una alteración anormal, la parte interesada tiene derecho a resolver el contrato, o a su modificación de acuerdo con un juicio de equidad, desde que la exigencia de las obligaciones por ella asumidas afecten gravemente a los principios de buena fe y no esté cubierta por los riesgos propios del contrato; 2. Solicitada la resolución, la otra parte del contrato puede oponerse a la misma, declarado aceptar la modificación del contrato en los términos del número anterior” (1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior); Artículo 438, titulado “Mora de la parte lesionada. La parte lesionada no goza del derecho de resolución del contrato o de su modificación si hubiese incurrido en mora en el momento en que se produjo la alteración de las circunstancias”. En su redacción original “Mora da parte lesada A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou”.

²⁵¹⁹ En su Libro Cuarto (Libro Quarto), nominado “De las obligaciones” (Delle obbligazioni), Título I, “De las obligaciones en general” (Titolo I, Delle Obbligazioni in Generale), Capítulo XIV (Capo XIV), “De la resolución del contrato” (Della risoluzione del contratto), Sección III (Sezione III), relativo a la “excesiva onerosidad” (Dell'eccessiva onerosità), establece en su artículo en 1467, “Contrato con prestaciones correspectivas” (Contratto con prestazioni corrispettive) lo siguiente: “Los contratos que se realizan en forma permanente o recurrente o una ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se ha vuelto prohibitivo para la ocurrencia de eventos extraordinarios e inesperados, la parte que tiene este beneficio puede solicitar la resolución del contrato, con los efectos establecidos por el art.1458 (fl. 168). La resolución no puede ser solicitada si la sobrevenida onerosidad se convierte en el alea onerosa normal del contrato. La parte contra la cual se solicita la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato (962, 1623, 1664, 1923)”. En su redacción original: “Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero

a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923)”; En su artículo 1468, alusivo al “Contrato acuerdo con obligaciones de una sola parte”, o “Contratto con obbligazioni di una sola parte”, dispone lo siguiente: “En el caso contemplado en el artículo anterior, si se trata de un contrato en el cual una de las partes ha asumido obligaciones, esto puede requerir una reducción de sus prestaciones o una modificación en su ejecución, suficiente para reconducirla en equidad”, en su redacción noriginal: “Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità”, y en su artículo 1469, “Contrato aleatorio”, o “Contratto aleatorio”, establece: “Las disposiciones de los artículos precedentes no se aplicarán a los contratos por su naturaleza incierta (1879) o por acuerdo de las partes (1448,1472)”, en su redacción original: “Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura (1879) o per volontà delle parti (1448, 1472)”.

²⁵²⁰ Que establece lo siguiente: “1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de forma que las parte no hubieran concluido el contrato o no lo hubieran hecho con ese contenido si hubieran podido prever el cambio, se puede solicitar la adaptación del contrato, siempre que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el reparto contractual o legal del riesgo. 2. Al cambio de las circunstancias se equipara la falsa representación de la realidad que pertenece a la base del negocio. 3. Si la adaptación del contrato no es posible, o no le es exigible a una de las partes, la parte en desventaja puede solicitar la resolución del contrato, en los contratos de tracto sucesivo, la partes tienen derecho a denunciar el contrato”, en su redacción original: “§ 313 Störung der Geschäftsgrundlage: (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann; (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen; (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung”, su versión en inglés es la siguiente: (1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration. (2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect. (3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may revoke the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right to revoke”.

²⁵²¹ Cuyo contenido es el siguiente: Artículo 416-2. Excesiva onerosidad del contrato. 1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, expresando las razones en que se funde. Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo

razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale. 2. Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos”.

²⁵²² Elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, encargada de hacerlo por Orden de 7 de noviembre de 2006 y presentada el 17 de junio de 2013.

²⁵²³ SSTs, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de Abril de 2007, de 5 de Enero de 2011, 5 de Enero y 23 de Marzo de 2012; “El artículo 1.254 del Código Civil, en unión de sus concordantes, establece el principio de libertad contractual y el de la autonomía de la voluntad de las partes para obligarse, principio que viene a reiterarse en

el precepto siguiente, el 1.255, que consagra el relativo a “pacta sunt servanda”, siempre y cuando que los pactos y cláusulas convenidos no fuesen contrarios a las leyes, a la moral y al orden público”, indica la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de Diciembre de 1996; Según el artículo 1258 del Código Civil: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”; El artículo 1239 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos, elaborada y presentada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, Madrid, 2009, establece lo siguiente: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional. La manifestación de voluntad puede hacerse de modo expreso o resultar de actos concluyentes”, indicando, en su artículo 1243, que: “Los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” ; En el artículo 413-1 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, titulado “Momento de perfección del contrato”, se dispone lo siguiente: “1. Salvo disposición contraria de la ley, los contratos mercantiles se perfeccionan, modifican y extinguen por el mero consentimiento”.

²⁵²⁴ RAWLS, J., op. cit. (*Teoría de la Justicia*), pp. 386-388, afirma que “el principio de fidelidad es el principio según el cual han de ser mantenidas las promesas bona fide. Es esencial (...) distinguir entre la regla de prometer y el principio de fidelidad. La regla es simplemente un convenio constitutivo, mientras que el principio de fidelidad es un principio moral, es una consecuencia del principio de imparcialidad (...). La obligación de mantener una promesa es una consecuencia del principio de imparcialidad (...), la promesa es un acto cometido con la intención de incurrir deliberadamente en una obligación, cuya existencia en las actuales circunstancias beneficiará nuestros fines. Queremos que esta obligación exista, y que se sepa que existe, y queremos también que los demás sepan que reconocemos este vínculo e intentamos persistir en él. Habiendo incurrido en la práctica, estamos bajo la obligación de hacer lo que hemos prometido según el principio de imparcialidad (...), cada persona sabe, o al menos cree razonablemente, que las demás tienen un sentido de la justicia y, por tanto, un deseo efectivo de cumplir sus obligaciones bona fide. Sin esta confianza mutua nada se produce a través de las palabras pronunciadas, sin embargo en una sociedad bien ordenada esto está presente; cuando sus miembros hacen promesas hay un reconocimiento recíproco de su intención de someterse a una obligación, y una creencia común acerca de que ésta obligación será respetada. Es este reconocimiento recíproco y esta creencia común lo que capacita la creación de un acuerdo y lo mantiene”.

²⁵²⁵ SSTs, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de Noviembre de 1.917; 10 de Enero y 11 de Marzo de 1.929 y 4 de Julio de 1.944.

²⁵²⁶ De ahí que se afirme, por la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de mayo de 2014, que “el principio de pacta sunt servanda no siempre puede aplicarse literalmente”; Lo insinúa LACRUZ BERDEJO, J. L., op. cit. (*Elementos de Derecho Civil*, t. II, v. segundo), p. 242.

²⁵²⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., op. cit. (*Elementos de Derecho Civil*, t. II, v. segundo), p. 247, que repite sustancialmente en op. cit. (*Manual de Derecho Civil*), p. 662.

²⁵²⁸ Artículo 1372 del Código Civil italiano de 1942: “El contrato tiene fuerza de ley entre las partes”, en su versión original: “Il contratto ha forza di legge tra le parti”. Con el mismo alcance pero sin recurso a la metáfora legal, establece el artículo 406.1 del Código Civil portugués, que “el contrato debe ser puntualmente cumplido, y solamente se puede modificar o extinguir por el mutuo acuerdo de los contratantes en o en los casos admitidos por la ley”, en su versión original: “O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”.

²⁵²⁹ El artículo 1134 del Código Civil francés o Código de Napoleón, también denominado Código Napoleónico, establece lo siguiente: “Los acuerdos legalmente concluidos tienen fuerza de ley entre quienes los han hecho”, en su versión original: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”.

²⁵³⁰ Así los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts), establecen, en su artículo 1.3, lo siguiente: “Un contrato válidamente celebrado obliga a las partes. Solo puede ser modificado o extinguido de acuerdo con los términos del contrato o según establecen estos Principios”, en su versión original: “A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles”, aludiéndose, en su comentario al artículo que el mismo enuncia, al “principio básico de Derecho contractual pacta sunt servanda”.

²⁵³¹ Precisa el artículo 1245.1 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos (2009) lo siguiente: “Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento”.

²⁵³² LARENZ, K., op. cit. (*Derecho Civil. Parte general*), pp. 742, donde añade: “El concepto de un efecto del contrato entre las partes equiparable al de la ley es usual no tanto en el Derecho alemán como en el francés”. También es pertinente traer a colación la siguiente afirmación que efectúa en esa misma página: “El contrato como negocio jurídico, como fenómeno dotado de sentido y que transcurre en el tiempo, y la relación contractual como regulación puesta en vigor mediante el contrato, válida y subsistente en el tiempo, han de ser diferenciados, pero no deben, ciertamente ser disociados. Ambos están relacionados entre sí de forma que el sentido del contrato como negocio jurídico es que la regulación pretendida por las partes debe ser válida, y que, de otra parte, la regulación contractual adquiere su validez mediante el acto creador de validez en que aquella se basa, que es precisamente el negocio jurídico, en conexión con el reconocimiento de éste por el ordenamiento jurídico positivo”.

²⁵³³ STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de Mayo de 2013.

²⁵³⁴ Como en el derecho de desistimiento de los con consumidores, y, en general la anulabilidad de los términos o cláusulas estándar “take it or leave it”. Así la STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de Julio de 2013, precisa que “el desistimiento es una excepción al principio “pacta sunt servanda” (arts. 1091, 1255 y 1256, entre otros del C. Civil), en cuanto que al desistir no se precisa justificación alguna, sino que es una expresión de la mera voluntad del consumidor, al que la normativa de la UE sobre protección del consumidor, le ofrece la posibilidad excepcional, en un breve plazo, de abandono o desvinculación de la relación contractual, dicho término se fija para permitir que el consumidor evalúe detenidamente las obligaciones contraídas, y ello, porque en determinados contratos, concurren técnicas agresivas de venta que impiden una opción serena en base a la creación de un clima colectivo de insistencia agobiante, ofertas momentáneas de regalos, proposiciones verbales no reflejadas contractualmente, ausencia de posibilidad de comparación de precios y productos, etc”.

²⁵³⁵ Por ello: a) No puede considerarse infringido el principio pacta sunt servanda (los pactos deben cumplirse), del que es expresión el artículo 1091CC, más que cuando el tribunal cuya sentencia se somete a examen ha desconocido la obligatoriedad del contrato, pero no cuando incurre en posibles ilegalidades relativas a su interpretación o aplicación si no se determina con precisión los preceptos legales infringidos, precisan las SSTS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de Mayo, 22 de Junio de 2006, 20 de Julio de 2006 y 24 de Octubre de 2006, 7 de Febrero de 2007, 1 de Octubre de 2010 y 28 de Marzo de 2011; b) Carece de “toda justificación la referencia a la buena fe, en el sentido de estándar, arquetipo o modelo de conducta socialmente aceptado, como límite impuesto al ejercicio de los derechos (...) - artículo 7 del Código Civil - o como medio de integración del contenido contractual - artículo 1.258 del Código Civil y sentencia de 18 de mayo de 2.004 -, ante la indiscutida existencia de unos contratos, causa de aquellos derechos, que obligaban (...) a cumplir, en reciprocidad, lo prometido - artículo 1.091 del Código Civil: pacta sunt servanda -, sin condicionamiento alguno”, indica la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de Julio de 2010.

²⁵³⁶ Que proclama el artículo 1255 del Código Civil.

²⁵³⁷ Contenido en el artículo 1258 del Código Civil.

²⁵³⁸ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts), artículo 1.9 (Usos y prácticas), “(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable”.

²⁵³⁹ Artículos 1092, 1237, 1243 y 1255.

²⁵⁴⁰ Edición 2010 (Restatement of Contracts).

²⁵⁴¹ Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando. Según el primero de aquellos preceptos “el contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente”, al tenor del segundo de los preceptos anteriormente mencionados “la voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte”, y según la dicción del tercero de aquellos preceptos “una declaración hecha por alguna de las partes antes o durante la conclusión del contrato, se debe considerar fuente de obligación contractual si la otra parte, lógicamente y de acuerdo con las circunstancias,

así la entendió (teniendo en cuenta las siguientes circunstancias concurrentes: (a) La importancia aparente de la declaración para la otra parte; (b) Si la parte formuló la declaración en el marco de una operación de negocios; (c) La experiencia profesional de cada una de las partes.

²⁵⁴² PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, v. I), Doctrina General del contrato, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona 1988, p. 35.

²⁵⁴³ PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, v. I), p. 14; También el artículo 1372 del Código Civil italiano de 1942, titulado “Eficacia del contrato” (Efficacia del contratto), establece: “El contrato tiene fuerza de ley entre las partes” (Il contratto ha forza di legge tra le parti).

²⁵⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. I), p. 556.

²⁵⁴⁵ Artículos 1091, 1254 y 1258 del Código Civil.

²⁵⁴⁶ Regla que se viene deduciendo pacíficamente en la doctrina y en la jurisprudencia del artículo 1256 del Código Civil, según precisan las SSTs, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de Septiembre de 1999, 18 de Marzo y 30 de Diciembre de 2002, 13 de Abril de 2004, 30 de Noviembre de 2007, y 19 de Junio de 2009.

²⁵⁴⁷ SSTs, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de Junio y 25 de Julio de 2000, 12 de Julio de 2002, 30 de Enero de 2003, 19 de Enero de 2005 y 19 de Junio de 2009.

²⁵⁴⁸ Que traduce el artículo 1091 del Código Civil.

²⁵⁴⁹ Que recoge el artículo 1255 del Código Civil.

²⁵⁵⁰ Derivada del artículo 1258 de Código Civil.

²⁵⁵¹ SSTs, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de Abril de 2002, 21 de Julio de 2006, y de 13 de Julio de 2007; Indica el artículo 1258 del Código Civil: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”; El Código Civil de Quebec, artículo 1434, establece: “El contrato válidamente celebrado obliga a quienes lo han concluido no solamente a lo expresamente pactado, sino también a todo lo que sea acorde a su naturaleza y se derive de los usos y de la ley”, en su redacción origina: “Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi”.

²⁵⁵² STS, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de Octubre de 2006; “Nadie desconoce la libertad contractual, ni el “pacta sunt servanda”, (...), pero en todo caso ha de darse la concurrencia de los requisitos expuestos en el art. 1261”, afirma la STS, Sala Primera, de lo Civil 21 de Abril de 1997.

²⁵⁵³ De CASTRO, F., op. cit. (*El Negocio Jurídico*), p. 31, y sobre el origen, abandono y vuelta a la cláusula “rebus sic stantibus”, pp. 314-315; Un desarrollo histórico pormenorizado puede verse en PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, v. I), pp. 353-374; También en DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. II), pp. 1057-1067

²⁵⁵⁴ PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, v. I), p. 353.

²⁵⁵⁵ Que se pueden encontrar en Ciceron (De officiis, I, 10 y III, 25) y en Seneca (De beneficiis, IV, 34 y 35), indica DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. II), p. 1057.

²⁵⁵⁶ PUIG BRUTAU, J., (*Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, v. I), p. 353.

²⁵⁵⁷ DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. II), p. 1058, según el cual de la regulación contenida en aquellos cuerpos legales podía colegirse que podía concluirse que los contratos devenían ineficaces “por mutación de las cosas deducidas en la obligación (únicamente si la mutación no fuese) debida ni a mora, ni a culpa, ni a factum debitoris (...), no fuese fácil de prever (...y) de tal naturaleza que, si el deudor lo hubiese sabido antes según la opinión desinteresada y honesta de perdonas inteligentes, no habría consentido en obligarse”.

²⁵⁵⁸ Explica estas teorías DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. II), pp. 1062-1068.

²⁵⁵⁹ En otro sentido afirma DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. II), pp. 1067-1068: “Ante todo, en el punto de partida se suscita un dilema o una opción entre (...) la incondicionada fidelidad al contrato y la admisión de una cierta relevancia o de un cierto influjo en las modificaciones sobrevenidas en el régimen jurídico a que la relación contractual debe quedar sometida. El problema radical consiste en dilucidar si una alteración sobrevenida de las circunstancias, sobre todo económicas, que sirvieron

de base para la celebración del negocio jurídico de constitución de la obligación, determina alguna modificación en el régimen jurídico de la relación contractual o si, por el contrario, el contrato debe permanecer inalterable y cumplirse en sus propios términos. La respuesta a este primer dilema es, casi unánimemente, afirmativa. Se discute la razón de ser de la modificación, los presupuestos o requisitos que exige o las consecuencias a que lleva, pero, en términos generales, no se discute que una alteración sobrevenida de las circunstancias debe determinar una modificación del régimen jurídico de la relación contractual y del sistema de organización de intereses estatuido entre las partes”.

²⁵⁶⁰ De CASTRO, F., op. cit. (*El Negocio Jurídico*), pp. 315-316; Díez-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. II*), p. 1068, precisa que “el problema del fundamento técnico- jurídico es especialmente grave en aquellos ordenamientos en que la posibilidad de modificación del régimen de la relación obligatoria por alteración sobrevenida de las circunstancias no ha encontrado consagración legislativa”.

²⁵⁶¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., op. cit. (*Elementos de Derecho Civil, t. II, v. segundo*), pp. 242-243.

²⁵⁶² LÓPEZ VILAS, R., “*La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*”, Discurso leído el día 17 de diciembre de 2001, en el acto de su recepción como Académico de Número, RAJL, Madrid 2001, p. 170.

²⁵⁶³ LÓPEZ VILAS, R., op. cit. (*La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*), p. 171,

²⁵⁶⁴ Díez-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. II*), pp. 1069-1070.

²⁵⁶⁵ Díez-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. II*), p. 1070; Sobre la figura de la “base del negocio” De CASTRO, F., op. cit. (*El Negocio Jurídico*), pp. 322-326.

²⁵⁶⁶ Un estudio pormenorizado de las SSTs, Sala Primea, de lo Civil, de 25 de Marzo de 1913, 12 de Diciembre de 1921, 14 de Diciembre de 1940, 17 de Mayo de 1941, 5 de Junio de 1945, 30 de Junio de 1948, 9 de Noviembre de 1949, 11 de Junio de 1951, 24 de Septiembre de 1953, 19 de Enero de 1957, 17 de Mayo de 1957, 21 de Octubre de 1958, 6 de Junio de 1959, 23 de Noviembre de 1962, 26 de Marzo de 1963, 31 de Octubre de 1963, 28 de Enero de 1970 y 3 de Abril de 1971, puede verse en PUIG BRUTAU, J., (*Fundamentos de Derecho Civil, t. II, v. I*), pp. 376-394, que concluye, en pp. 394-395, lo siguiente: “1) La doctrina de nuestro Tribunal Supremo no excluye la posibilidad de llegar a la revisión de los contratos por causa de la alteración de las circunstancias, cuando ello sea indispensable para evitar un resultado notoriamente injusto; 2. Para ello se exigen los siguientes requisitos. a) Que se trate de una alteración verdaderamente extraordinaria de las circunstancias, apreciada mediante comparación de las vigentes en el momento de la celebración del contrato con las imperantes en el momento de su cumplimiento; b) Que la alteración produzca una desproporción o desequilibrio de gran importancia entre las prestaciones recíprocas de las partes, hasta el punto de desnaturalizar el carácter conmutativo del contrato; c) Que la alteración extraordinaria de las circunstancias y el alcance de sus efectos no hayan podido ser previstas por los contratantes; d) Que las consecuencias anómalas resultantes no puedan quedar subsanadas por los medios previstos y regulados en el Código; 3. La concurrencia de las descritas circunstancias justifica que se proceda a la revisión del contenido del contrato, sin llegar a decretar su rescisión o resolución, excepto en los casos excepcionales en que sea posible restablecer el equilibrio jurídico de otra manera; 4. Que si se ha hecho constar la finalidad o resultado que con el contrato se quieren alcanzar, si esta finalidad se ha frustrado, en el sentido de que por la circunstancias sobrevenidas ya no se podrá conseguir o ha dejado de tener sentido, los tribunales podrán decretar que el contrato ha dejado de tener eficacia por la desaparición de su finalidad u objeto. Lo mismo ha de entenderse en el caso en que se trate del fin que interesa a una sola de las partes, siempre que ésta haya manifestado claramente que tal fin es el factor determinante de su voluntad, y siempre que la otra parte, con el debido conocimiento de ello, no haya hecho constar nada que excluya esta limitación de la eficacia del contrato”; También, aunque con menor extensión en De CASTRO, F., op. cit. (*El Negocio Jurídico*), pp. 319-321.

²⁵⁶⁷ Así en el artículo 0-201(3) de los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR), o en el artículo 6.2.1 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

²⁵⁶⁸ La doctrina jurisprudencial, antes denominada doctrina legal (LÓPEZ VILAS, R., op. cit. (*La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*), p. 143, ha venido destacando la admisibilidad en nuestro sistema de ciertos medios de corrección de la frustración económica del contrato, en determinadas situaciones particulares asumiendo la influencia de los cambios imprevistos sobre la posibilidad de la resolución del vínculo o, especialmente, la modificación equitativa de su contenido (SSTS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de Octubre de 1963, 15 de Marzo de 1972, 16 de Junio de 1983, 27 de Junio de 1984, 19 de Abril de 1985, 17 de Mayo de 1986, 13 de Marzo de 1987, 6 de Octubre de 1987, 23 de Marzo de 1988, 16 de Octubre de 1989, 21 de Febrero de 1990, 12 de Noviembre de 1990, de 23 de Abril de 1991 de 14 de Diciembre de 1993, de 15

de Marzo de 1994, 20 de Abril de 1996, de 29 de Enero y 15 de Noviembre de 2000, de 17 de Noviembre y 20 de Febrero de 2001, 28 de Diciembre de 2002, 27 de Mayo, 22 de Abril y 18 de Junio de 2004, 12 de Noviembre de 2005, 17 de Junio de 2006, 9 de Octubre, 25 de Enero, y 1 de Marzo de 2007, 26 de Septiembre, 16 de Marzo y 21 de Mayo de 2009, 20 Noviembre de 2010, 20 y 21 de Febrero y 23 y 27 de Abril de 2012). Inicialmente la jurisprudencia (SSTS, Sala Primera, de lo Civil, de 4 de Febrero y 15 de Marzo de 1994, y 29 de Mayo de 1996) identificaba cláusula “rebus sic stantibus”, implícita en el contrato, con la teoría de la quiebra o desaparición de la base del negocio y de la equivalencia de las prestaciones. La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de Abril de 2013, con apoyo en las de la misma Sala de 16 de enero y 12 de abril del mismo año, entiende que no procede acordar la resolución del contrato “aplicando la doctrina de la base del negocio, a que ya aludieron, especialmente en relación con la cláusula rebus sic stantibus, las sentencias de 14 diciembre 1940, 14 junio 1943, 30 junio 1948, 12 junio de 1956, y 23 noviembre 1962; esta última rechaza la aplicación de aquella cláusula y toma en consideración el desequilibrio entre las prestaciones en cuanto “afectando a la base del negocio”. Esta se ha considerado como el conjunto de circunstancias cuya concurrencia impide que se obtenga el resultado que se propone el negocio jurídico. Se ha distinguido la base del negocio subjetiva, como la representación común o lo que esperan ambos contratantes, que les ha llevado a celebrar el contrato y objetiva, como las circunstancias cuya presencia sea objetivamente necesaria para mantener el contrato en su función o causa (concepto objetivo). Todo ello se funda en el principio de la buena fe, que permite la resolución del negocio si desaparece la base del negocio”. Consideraba aquella jurisprudencia que en base a ellas cabía llevar a efecto una modificación del vínculo obligacional, aunque solamente en casos excepcionales y con gran cautela por la alteración que ello pueda suponer del principio “pacta sunt servanda” y del de seguridad jurídica, pudiendo el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto, llevar a cabo aquella modificación siempre que se produjese una alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, que conllevara una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompiesen el equilibrio de las prestaciones, y que todo ello aconteciera por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de Mayo de 1996). Habiendo establecido aquella doctrina, como precisa la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de febrero de 1997, las siguientes conclusiones: a) que la cláusula “rebus sic stantibus” no estaba legalmente reconocida; b) que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; c) Que era una “cláusula peligrosa” y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; d) Que su admisibilidad requería como premisas fundamentales una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumbasen el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y que todo ello aconteciera por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles. Negándosele efectos rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándosele solamente efectos modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones.

²⁵⁶⁹ PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil, t. II, v. I*), pp. 350-351.

²⁵⁷⁰ La STS Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2009 ya estableció que “la doctrina sobre la cláusula rebus sic stantibus se fundaba en el artículo 1258 CC”, afirmado que en su consecuencia y de ello se derivaba que no resultase aplicable a favor de quienes se desvinculasen de los contratos o convenios por razones de puro interés económico personal, y precisando que el recurso al principio de “conservación de los contratos” propugnaba el nacimiento de regímenes específicos, uno de ellos precisamente el aplicable también los supuestos amparados bajo el manto de la cláusula “rebus sic stantibus”, diferenciándolo del de la nulidad de los contratos. Fueron las SSTS, Sala Primera, de lo Civil, de 15 y 16 de enero de 2013, las que destacaron que la cuestión subyacente a la cláusula “rebus sic stantibus” se descubriría nítidamente si se inquiría sobre su alcance sistemático en relación con el principio de conservación de los contratos o “favor contractus”. Señalando Indica que este principio se ha consolidado como un canon hermenéutico decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. De tal modo que la conservación de los contratos se acababa erigiendo como auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico, obligando dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica.

²⁵⁷¹ Las SSTS, Sala Primera, de lo Civil, de 17 y 18 de enero de 2013, precisaron que la cláusula o regla “rebus sic stantibus” trataba de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación

existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, de tal manera que cuando la alteración era tan acusada que aumentaba extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acababa frustrando el propio fin del contrato, procedía la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”, bien que siendo muy cautelosa en su aplicación, dado el principio general, contenido en el art. 1091 CC, de que los contratos deben ser cumplidos (como indicaban las SSTs, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de Diciembre de 1990, 6 de Noviembre de 1992 y 15 de Noviembre de 2000). Afirmando que una recesión económica global, de efectos profundos y prolongados, como la imperante a nivel global, podía calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de esa recesión, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes. Tendencia que consideraban claramente incorporada a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales (art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación).

²⁵⁷² SSTs, Sala Primera de lo Civil, del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013.

²⁵⁷³ En este caso no es exigible la reiteración de la ratio decidendi y los razonamientos jurídicos en dos o más sentencias, como precisan LÓPEZ VILAS, R., op. cit. (*La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*), p. 143; De LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., “op. cit. (*Derecho Procesal. Introducción*)”, p. 134, bastando con esta sola sentencia para afirmar la existencia de una nueva doctrina jurisprudencial, siguiendo la argumentación del Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 30 de diciembre de 2011, de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo.

²⁵⁷⁴ LÓPEZ VILAS, R., op. cit. (*La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*), p. 39, donde indica lo siguiente: “Es obvio que en nuestro Ordenamiento la Jurisprudencia nunca crea normas jurídicas “ex novo”, pues la potestad normativa creadora es propia y exclusiva del Poder legislativo (única fuente del Derecho, desde el modo de pensar normativista), también resulta cierto que a la jurisprudencia hay que reconocerle no sólo la capacidad indiscutible y suficientemente acreditada de dar vida a figuras de creación por el cauce amplio de los principios generales (abuso de derecho, buena fe, cláusula “rebus sic stantibus”, enriquecimiento injusto) sino también la posibilidad de que al ponderar normas en su labor de interpretación, integración y aplicación de las mismas para fijar su alcance y proyección sobre el caso concreto (lo que es lo mismo, “determinar” el Derecho aplicable al caso), el tribunal supremo, del que emana la verdadera jurisprudencia, lleve cabo unos “desarrollos” normativos que implica o puedan implicar una reconsideración del alcance y sentido de las propias normas, no exenta, como tal “reconsideración”, de un cierto valor creativo y novedoso”.

²⁵⁷⁵ PUIG BRUTAU, J., op. cit. (*Fundamentos de Derecho Civil, t. II, v. I*), p. 352; “La invocación de la buena fe significa que, en lo no previsto por las partes, los derechos y deberes de cada una son los que se deducen de la equidad y el mayor equilibrio de intereses”, afirma LACRUZ BERDEJO, J. L., op. cit. (*Manual de Derecho Civil*), p. 660; “La buena fe es lo que se ha llamado un “estándar” jurídico o un modelo de conducta, que sería aquella conducta social que la conciencia social exige en cada caso conforme a un imperativo ético dado. Se trata, indudablemente, de la introducción de normas de origen ético en el campo estricto del Derecho. Sin embargo, al lado de esa buena fe que ha sido considerada objetivamente, no debe perderse de vista que la idea de la buena fe posee también un sentido subjetivo: la disposición de cada una de las partes, la actuación leal y honrada y la confianza que la otra parte puede tener en un determinado tipo de acciones”, precisa DÍEZ-PICAZO, L., op. cit. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, v. I*), p. 61; Según el artículo 762.2 del Código Civil portugués, “En el cumplimiento de las obligaciones, así como en el ejercicio de los derechos correspondientes deben la partes proceder de buena fe” (No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé), al tenor del artículo 242 del BGB alemán, titulado “Ejecución de buena fe”, establece lo siguiente: “Un deudor tiene el deber de ejecución según los requisitos de buena fe, habida cuenta de práctica consuetudinaria (§ 242 Leistung nach Treu und Glauben: “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern; su versión en inglés: “Section 242 (Performance in good faith) An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration”, establece el artículo 1375 del Código Civil italiano, titulado “Ejecución de buena fe” (Esecuzione di buona fede), “El contrato debe ser cumplido según la buena fe” (Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede); Indica la jurisprudencia que “la persona que carece de buena fe no es tanto el que procede lejos de la recta moral, sino simplemente el que sabe que no le corresponde el derecho, es decir que conoce que el título no justifica el mismo” (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de julio de 2014), “las alegaciones del principio de buena fe contractual, ya como base de la interpretación integrativa, o bien como parámetro de conducta a seguir (1258 del Código Civil), se proyectan como una valoración o enjuiciamiento

lógico del plano de cumplimiento o ejecución de los contratos y, en su caso, del acto de ejercicio de un derecho subjetivo” (STS, Sala Primera, de lo Civil de 17 de Enero de 2014), “no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido” (STS, Sala Primera, de lo Civil de 12 de Diciembre de 2013), “la buena fe forma parte de la normalidad de las cosas (“quod plerumque accidit”), o tiene la consideración de condición general en contraposición a las condiciones específicas de existencia de los negocios o relaciones jurídicas, que constituyen pautas de singular interés para configurar la distribución del “onus probando”” (STS, Sala Primera, de lo Civil de 3 de Octubre de 2013), “la buena fe a que se refiere el artículo 1258 CC se proyecta sobre lealtades y fidelidades recíprocas, siendo su elemento fundamental la protección de la confianza y exigiendo el cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida” (SSTS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de Enero de 1980, 21 de Septiembre de 1987, 20 de Febrero y 7 de Diciembre de 2000; 30 de Enero de 2003 y 27 de Junio de 2013).

²⁵⁷⁶ Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts), aluden a la buena fe, en su artículo 1.7, (Buena fe y lealtad negocial) “(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”, en su artículo 4.8, (Integración del contrato) “(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias. (2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: (...) (c) la buena fe y la lealtad negocial”, y en artículo 5.1.2 (Obligaciones implícitas) “Las obligaciones implícitas pueden derivarse de: (...) (c) la buena fe y la lealtad negocial”. Asimismo proscriben la mala fe, en su artículo 2.1.15, (Negociaciones de mala fe) “(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo; (2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte; (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo”; Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando, aluden a la buena fe en su artículo 1:201 (Buena fe contractual) “(1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo”, en su artículo 1:102 (Libertad contractual) “(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios”, en su artículo 2:301 (Negociaciones contrarias a la buena fe) “(1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. (3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte”, en su artículo 4:109, “(2) A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual”, y en su artículo 5:102 (Circunstancias relevantes) “Para interpretar el contrato se atenderá en especial a lo siguiente: (...) (g) Las exigencias de la buena fe”.

²⁵⁷⁷ Comentario a los artículos 6.2.2 puntos “3. Additional requirements for hardship to arise”, “4. Hardship relevant only to performance not yet rendered” y “5. Hardship normally relevant to long-term contracts”, y 6.2.3, puntos “1. Disadvantaged party entitled to request renegotiations”, “2. Request for renegotiations without undue delay”, “4. Request for renegotiations and withholding of performance”, “5. Renegotiations in good faith”, “6. Resort to the court upon failure to reach an agreement”, y “7. Court measures in case of hardship”.

²⁵⁷⁸ “La influencia de los cambios imprevistos sobre la posibilidad de la resolución del vínculo o, especialmente, la modificación equitativa de su contenido, resulta también admitida en ordenamientos cercanos. En alguno, respecto de los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, para el caso de que la prestación de cualquiera de las partes “è divenuta eccessivamente onerosa” - artículos 1467 y 1468 del Código Civil italiano -; en otros, simplemente, en el supuesto de que las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar “tiverem sofrido uma alteração anormal” - artículo 437 del Código Civil portugués -. Por lo demás, cualquier previsión sobre el futuro de tales instrumentos no puede prescindir de que hoy gozan de reconocimiento en los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos, como son los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales - artículo 6.2.2 -, los Principios de Derecho europeo de contratos - artículo 6.111- o los trabajos para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos - artículo 1213”, afirma la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 18 de febrero de 2013.

²⁵⁷⁹ En la línea expuesta en las letras a) hasta a f), el artículo 416-2, punto 2, de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, titulado “Excesiva onerosidad del contrato”, define la mayor onerosidad en los siguientes términos: “Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos”. Ese mismo precepto, en su punto 1, precisa: a) Que “en caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, expresando las razones en que se funde; b) Que “si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale”. En términos semejantes el artículo 1213 de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y Contratos (2009) establece lo siguiente: “Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”

²⁵⁸⁰ Que regulan los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 (Restatement of Contracts) en su artículo 3.2.7 (Excesiva desproporción), según el cual: “(1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato; (2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial; (3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicará, por consiguiente, el párrafo (2) del Artículo 3.2.10 (“La facultad de anular el contrato se extingue a consecuencia de dicha declaración o cumplimiento, y cualquier otra notificación de anulación hecha con anterioridad no tendrá valor alguno”).

²⁵⁸¹ Regulado en el artículo 4:109: Beneficio excesivo o ventaja injusta de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos bajo la presidencia del Prof. Ole Lando, según el cual: “(1) Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión: (a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y (b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo; (2) A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual; (3) La parte a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede igualmente solicitar del juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella”.

²⁵⁸² STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2014.

²⁵⁸³ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 783-784, sobre las fusiones transfronterizas precisan lo siguiente: “Puesto que el régimen especial incide sobre documentos compartidos por todas las sociedades participantes, como es el contenido del proyecto común, o que interesan a todas ellas, como el informe de los expertos o el de los administradores sociales, en ocasiones también accesible por las otras sociedades, será necesario que supuesto esté previsto en todas las legislaciones nacionales aplicables, y precisamente para la fusión transfronteriza, aunque sea por aplicación del régimen general. Esta previsión generalizada ha de ser la situación normal en la caso de sociedad íntegramente participada de manera directa, pues el art. 15.1 de la Directiva se expresa en

términos imperativos, pero no ocurrirá de forma necesaria cuando la participación solo sea indirecta. Ésta última no constituye una situación contemplada en la décima Directiva, y en la tercera Directiva es sólo una opción, de ahí su posible asimetría. La propia Directiva pone de manifiesto esta situación en el art. 15.2 cuando condiciona la falta de exigencia del informe de experto en el supuesto de participación del 90% a que ninguna de las leyes nacionales lo demande (...). Aunque la ley española acoge un planteamiento muy amplio en materia de fusiones intragrupo, otras legislaciones regulan supuestos que nuestra ley desconoce, con las consiguientes dificultades de aplicación”.

²⁵⁸⁴ Así el artículo 18 del Decreto Legislativo de 30 mayo de 2008, n. 108, Attuazione della direttiva 2005/56/CE, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali. Establece lo siguiente” Formalità semplificata. 1. Salvo quanto previsto dall'articolo 2505, primo comma, del codice civile, quando una fusione transfrontaliera per incorporazione e' realizzata da una società che detiene tutte le azioni, le quote o gli altri titoli che conferiscono diritti di voto nell'assemblea della società incorporata, non si applica l'articolo 6, comma 1, lettera b); 2. Nel caso previsto dal comma 1 non e' richiesta l'approvazione del progetto di fusione da parte dell'assemblea della società italiana incorporata. Resta salvo, con riferimento alla società italiana incorporante, l'articolo 2505, secondo e terzo comma, del codice civile. 3. Quando una fusione transfrontaliera per incorporazione e' realizzata da una società che detiene almeno il 90 per cento ma non la totalità delle azioni, quote o altri titoli che conferiscono il diritto di voto nell'assemblea della società incorporata, le relazioni di cui agli articoli 2501-quinquies e 2501-sexies del codice civile e la situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501-quater del medesimo codice sono richieste soltanto qualora cio' sia previsto dalla legislazione nazionale cui e' soggetta la società incorporante o la società incorporata”; Umwandlungsgesetz (UmwG), § 62 Konzernverschmelzungen: “(1) Befinden sich mindestens neun Zehntel des Stammkapitals oder des Grundkapitals einer übertragenden Kapitalgesellschaft in der Hand einer übernehmenden Aktiengesellschaft, so ist ein Verschmelzungsbeschluß der übernehmenden Aktiengesellschaft zur Aufnahme dieser übertragenden Gesellschaft nicht erforderlich. Eigene Anteile der übertragenden Gesellschaft und Anteile, die einem anderen für Rechnung dieser Gesellschaft gehören, sind vom Stammkapital oder Grundkapital abzusetzen. (2) Absatz 1 gilt nicht, wenn Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft, deren Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals dieser Gesellschaft erreichen, die Einberufung einer Hauptversammlung verlangen, in der über die Zustimmung zu der Verschmelzung beschlossen wird. Die Satzung kann das Recht, die Einberufung der Hauptversammlung zu verlangen, an den Besitz eines geringeren Teils am Grundkapital der übernehmenden Gesellschaft knüpfen. (3) Einen Monat vor dem Tage der Gesellschafterversammlung oder der Hauptversammlung der übertragenden Gesellschaft, die gemäß § 13 Abs. 1 über die Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag beschließen soll, sind in dem Geschäftsraum der übernehmenden Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre die in § 63 Abs. 1 bezeichneten Unterlagen auszulegen. Gleichzeitig hat der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft einen Hinweis auf die bevorstehende Verschmelzung in den Gesellschaftsblättern der übernehmenden Gesellschaft bekanntzumachen und den Verschmelzungsvertrag oder seinen Entwurf zum Register der übernehmenden Gesellschaft einzureichen; § 61 Satz 2 ist entsprechend anzuwenden. Die Aktionäre sind in der Bekanntmachung nach Satz 2 erster Halbsatz auf ihr Recht nach Absatz 2 hinzuweisen. Der Anmeldung der Verschmelzung zur Eintragung in das Handelsregister ist der Nachweis der Bekanntmachung beizufügen. Der Vorstand hat bei der Anmeldung zu erklären, ob ein Antrag nach Absatz 2 gestellt worden ist. Auf Verlangen ist jedem Aktionär der übernehmenden Gesellschaft unverzüglich und kostenlos eine Abschrift der in Satz 1 bezeichneten Unterlagen zu erteilen. Die Unterlagen können dem Aktionär mit dessen Einwilligung auf dem Wege elektronischer Kommunikation übermittelt werden. Die Verpflichtungen nach den Sätzen 1 und 6 entfallen, wenn die in Satz 1 bezeichneten Unterlagen für denselben Zeitraum über die Internetseite der Gesellschaft zugänglich sind. (4) Befindet sich das gesamte Stamm- oder Grundkapital einer übertragenden Kapitalgesellschaft in der Hand einer übernehmenden Aktiengesellschaft, so ist ein Verschmelzungsbeschluß des Anteilinhabers der übertragenden Kapitalgesellschaft nicht erforderlich. Ein solcher Beschluß ist auch nicht erforderlich in Fällen, in denen nach Absatz 5 Satz 1 ein Übertragungsbeschluß gefasst und mit einem Vermerk nach Absatz 5 Satz 7 in das Handelsregister eingetragen wurde. Absatz 3 gilt mit der Maßgabe, dass die dort genannten Verpflichtungen nach Abschluss des Verschmelzungsvertrages für die Dauer eines Monats zu erfüllen sind. Spätestens bei Beginn dieser Frist ist die in § 5 Absatz 3 genannte Zuleitungsverpflichtung zu erfüllen. (5) In Fällen des Absatzes 1 kann die Hauptversammlung einer übertragenden Aktiengesellschaft innerhalb von drei Monaten nach Abschluss des Verschmelzungsvertrages einen Beschluß nach § 327a Absatz 1 Satz 1 des Aktiengesetzes fassen, wenn der übernehmenden Gesellschaft (Hauptaktionär) Aktien in Höhe von neun Zehnteln des Grundkapitals gehören. Der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf muss die Angabe enthalten, dass im Zusammenhang mit der Verschmelzung ein Ausschluss der Minderheitsaktionäre der übertragenden Gesellschaft erfolgen soll. Absatz 3 gilt mit der Maßgabe, dass die dort genannten Verpflichtungen nach Abschluss des Verschmelzungsvertrages für die Dauer eines Monats zu erfüllen sind. Spätestens bei Beginn dieser Frist ist die in § 5 Absatz 3 genannte Zuleitungsverpflichtung zu erfüllen. Der

Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf ist gemäß § 327c Absatz 3 des Aktiengesetzes zur Einsicht der Aktionäre auszulegen. Der Anmeldung des Übertragungsbeschlusses (§ 327e Absatz 1 des Aktiengesetzes) ist der Verschmelzungsvertrag in Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift oder sein Entwurf beizufügen. Die Eintragung des Übertragungsbeschlusses ist mit dem Vermerk zu versehen, dass er erst gleichzeitig mit der Eintragung der Verschmelzung im Register des Sitzes der übernehmenden Aktiengesellschaft wirksam wird. Im Übrigen bleiben die §§ 327a bis 327f des Aktiengesetzes unberührt”; Según el Código das Sociedades Comerciais, artículo 117.º-I :”Incorporação de sociedade totalmente pertencente a outra: 1 - O disposto na presente secção aplica-se, com as excepções estabelecidas nos números seguintes, à incorporação por uma sociedade de outra de cujas quotas ou acções aquela seja a única titular, directamente ou por pessoas que detenham essas participações por conta dela mas em nome próprio. 2 - Não são aplicáveis neste caso as disposições relativas à troca de participações sociais nem aos relatórios de peritos da sociedade incorporada e os sócios da sociedade incorporada não se tornam sócios da sociedade incorporante. 3 - Não é obrigatória nestes casos a aprovação do projecto comum de fusão pelas assembleias gerais das sociedades incorporadas, podendo também ser dispensada essa aprovação pela assembleia geral da sociedade incorporante desde que se verifiquem cumulativamente os requisitos estabelecidos no n.º 3 do artigo 116.º”, y artículo 117.º-J “Fusão por aquisição tendente ao domínio total: Nos casos em que a sociedade incorporante que disponha de quotas ou acções correspondentes a, pelo menos, 90 % do capital das sociedades incorporadas realizar uma fusão transfronteiriça por aquisição, os relatórios de peritos bem como os documentos necessários para a fiscalização são sempre exigidos mesmo nos casos em que a legislação que regula a sociedade incorporante ou as sociedades incorporantes com sede noutro Estado dispensem esses requisitos nas aquisições tendentes ao domínio total”; Según el Code de commerce, artículo L236-11: “ Lorsque, depuis le dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération, la société absorbante détient en permanence la totalité des actions représentant la totalité du capital des sociétés absorbées, il n'y a lieu ni à approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés participant à l'opération ni à l'établissement des rapports mentionnés au quatrième alinéa de l'article L. 236-9, et à l'article L. 236-10; Toutefois, un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital social peut demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion”, y según su artículo L236-11-1: “Lorsque, depuis le dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération, la société absorbante détient en permanence au moins 90 % des droits de vote des sociétés absorbées, sans en détenir la totalité : 1º Il n'y a pas lieu à approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante. Toutefois, un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital social peut demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion ; 2º Il n'y a pas lieu à l'établissement des rapports mentionnés aux articles L. 236-9 et L. 236-10 lorsque les actionnaires minoritaires de la société absorbée se sont vu proposer, préalablement à la fusion, le rachat de leurs actions par la société absorbante à un prix correspondant à la valeur de celles-ci, déterminé, selon le cas : a) Dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil, si les actions de la société absorbée ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé ; b) Dans le cadre d'une offre publique initiée dans les conditions et selon les modalités fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers, si les actions de la société absorbée sont admises aux négociations sur un marché réglementé ; c) Dans le cadre d'une offre répondant aux conditions des a ou b, si les actions de la société absorbée sont admises aux négociations sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations”.

²⁵⁸⁵ La Sección 11.05 MBCA señala “(a) A domestic parent corporation that owns shares of a domestic or foreign subsidiary corporation that carry at least 90 percent of the voting power of each class and series of the outstanding shares of the subsidiary that have voting power may merge the subsidiary into itself or into another such subsidiary, or merge itself into the subsidiary, without the approval of the board of directors or shareholders of the subsidiary, unless the articles of incorporation of any of the corporations otherwise provide, and unless, in the case of a foreign subsidiary, approval by the subsidiary’s board of directors or shareholders is required by the laws under which the subsidiary is organized. (b) If under subsection (a) approval of a merger by the subsidiary’s shareholders is not required, the parent corporation shall, within ten days after the effective date of the merger, notify each of the subsidiary’s shareholders that the merger has become effective. (c) Except as provided in subsections (a) and (b), a merger between a parent and a subsidiary shall be governed by the provisions of chapter 11 applicable to mergers generally”.

²⁵⁸⁶ En sentido significativamente coincidente, pueden indicarse a título ejemplar las normas que, de seguido, se relacionan. Arizona Revised Statutes, Title 10, “Corporations and Associations”, Capítulo 11. art.1, apartado 10-1104, “Merger or other transaction involving subsidiary”, lo siguiente: “A. A parent entity

owning at least ninety per cent of the outstanding shares of each class of a subsidiary domestic corporation may merge the subsidiary into itself, cause the conversion, domestication or division of the subsidiary or cause the shares of the subsidiary to be acquired in an interest exchange without approval of the interest holders of the parent or the shareholders of the subsidiary, B. The governors of the parent shall adopt a plan that complies with title 29, chapter 6; C. The parent shall mail a copy or summary of the plan to each shareholder, other than the parent, of the subsidiary who does not waive the mailing requirement in writing; D. The parent may not deliver a statement of merger or other transaction to the commission for filing until at least thirty days after the date it mailed a copy of the plan to each shareholder of the subsidiary who did not waive the mailing requirement; E. A statement of merger or other transaction in connection with a transaction that is governed by this section shall not contain amendments to the public organizational document of the parent entity”; El peculiar sistema de la California Corporations Code, que no impide que, en su sección 1107, establezca lo siguiente: “(a) If a domestic corporation owns all the outstanding shares, or owns less than all the outstanding shares but at least 90 percent of the outstanding shares of each class, of a corporation or corporations, domestic or foreign, the merger of the subsidiary corporation or corporations into the parent corporation or the merger into the subsidiary corporation of the parent corporation and any other subsidiary corporation or corporations, may be effected by a resolution or plan of merger adopted and approved by the board of the parent corporation and the filing of a certificate of ownership as provided in subdivision (e). The resolution or plan of merger shall provide for the merger and shall provide that the surviving corporation assumes all the liabilities of each disappearing corporation and shall include any other provisions required by this section. (b) If the parent corporation owns less than all the outstanding shares but at least 90 percent of the outstanding shares of each class of the subsidiary corporation that is a party to the merger, the resolution or plan of merger also shall set forth the securities, cash, property, or rights to be issued, paid, delivered, or granted upon surrender of each outstanding share of the subsidiary corporation not owned by the parent corporation and the entire resolution or plan of merger as well as the consideration to be received for each share of the subsidiary corporation not owned by the parent corporation, shall be approved by the board of that subsidiary corporation. c) If the parent corporation is to be merged into one of its subsidiary corporations, the resolution or plan of merger also shall provide for the pro rata conversion of the outstanding shares of the parent corporation into shares of the surviving subsidiary corporation. In this case, the entire resolution or plan of merger shall be approved by the board of the surviving subsidiary corporation and, if the merger, but for the operation of this section, would be a merger reorganization (Section 181) the principal terms of which would be required to be approved by the outstanding shares (Section 152) of any class of the parent corporation pursuant to subdivision (d) of Section 1201, the principal terms of the resolution or plan of merger shall be approved by the outstanding shares (Section 152) of that same class of the parent corporation. (d) In any merger pursuant to this section, the resolution or plan of merger may provide for the amendment of the articles of the surviving corporation to change its name, subject to Section 201, regardless of whether the name so adopted is the same as or similar to that of one of the disappearing corporations. The provision shall establish the wording of the amendment pursuant to paragraph (2) of subdivision (a) of Section 907 and the resolution or plan of merger shall not provide for the amendment of the articles of the surviving corporation other than to change its name. (e) After the required approval or approvals of the resolution or plan of merger, a certificate of ownership consisting of an officers' certificate of the parent corporation shall be filed, and a copy thereof for each domestic subsidiary corporation and qualified foreign disappearing subsidiary corporation which is a party to the merger shall also be filed. The certificate of ownership shall: (1) Identify the parent and subsidiary corporation or corporations. (2) Set forth the share ownership by the parent corporation of each subsidiary corporation as 100 percent of the outstanding shares or as at least 90 percent of the outstanding shares of each class, as the case may be. (3) Set forth the resolution or plan of merger. (4) Set forth approval of the resolution or plan of merger by the board of the parent corporation. (5) Set forth other approvals of the resolution or plan of merger as required under subdivision (b) or (c), if applicable. (f) Upon the filing of the certificate of ownership, the merger shall be effective and any amendment of the articles of the surviving corporation set forth in the certificate shall be effective. (g) A merger pursuant to this section may be effected if the parent corporation is a foreign corporation and if at least one subsidiary corporation is a domestic corporation but in such a case the certificate of ownership prepared as in subdivision (e) or the document required by subdivision (d) of Section 1108 shall be filed as to each domestic and qualified foreign subsidiary corporation, but no filing shall be made as to the foreign parent corporation. No merger into or with a foreign corporation may be effected as provided by this section unless the laws of the state or place of its incorporation permit that action. (h) In the event all of the outstanding shares of a subsidiary domestic corporation party to a merger effected under this section are not owned by the parent corporation immediately prior to the merger, the parent corporation shall, at least 20 days before the effective date of the merger, give notice to each shareholder of such subsidiary corporation that the merger will become effective on or after a specified date. The notice shall contain a copy of the resolution or plan of merger and the information required by subdivision (a) of Section 1301. The notice shall be sent by mail addressed to the shareholder at the address of the shareholder as it

appears on the records of the corporation. The shareholder shall have the right to demand payment of cash for the shares of the shareholder pursuant to Chapter 13 (commencing with Section 1300). (i) If an agreement of merger is entered into between a parent corporation and one or more of its subsidiary corporations and the share ownership requirements of subdivision (a) are met, the agreement of merger may be filed as a plan of merger with a certificate of ownership in accordance with the requirements of this section, in which case Sections 1101, 1102, 1103, 1200, 1201, and 1202 shall not apply; or the agreement of merger may be filed pursuant to Section 1103, in which case this section shall not apply"; La Hawaii Business Corporation Act, sección 414-314., "Merger of subsidiary", según la cual: "(a) A parent corporation owning at least ninety per cent of the outstanding shares of each class of a subsidiary corporation may merge the subsidiary into itself without approval of the shareholders of the parent or subsidiary. (b) The board of directors of the parent corporation shall adopt a plan of merger that sets forth: (1) The names of the parent and subsidiary; and (2) The manner and basis of converting the shares of the subsidiary into shares, obligations, or other securities of the parent or any other corporation or into cash or other property in whole or in part.; (c) The parent corporation shall mail a copy of the plan of merger to each shareholder of the subsidiary corporation who does not waive the mailing requirement in writing; (d) Articles of merger shall be delivered to the department director for filing and shall set forth: (1) The name and jurisdiction of incorporation of the subsidiary corporation, and the name and jurisdiction of incorporation of the corporation owning at least ninety per cent of its shares, which is hereinafter designated as the surviving corporation; (2) A statement that the plan of merger has been approved by the board of directors of the surviving corporation; (3) The number of outstanding shares of each class of the subsidiary corporation and the number of shares of each class owned by the surviving corporation; (4) The date a copy of the plan of merger was mailed to shareholders of the subsidiary corporation entitled to receive the plan; and (5) A statement that includes: A) An agreement that the surviving entity may be served with process in this State in any action or proceeding for the enforcement of any liability or obligation of any entity previously subject to suit in this State that is to merge; (B) An irrevocable appointment of a resident of this State as its agent to accept service of process in a proceeding under subparagraph (A), that includes the resident's street address in this State; and (C) An agreement for the enforcement, as provided in this chapter, of the right of any dissenting member, shareholder, or partner to receive payment for their interest against the surviving entity , (e) The parent may not deliver articles of merger to the department director for filing until at least thirty days after the date it mailed a copy of the plan of merger to each shareholder of the subsidiary corporation who did not waive the mailing requirement; (f) Articles of merger under this section may not contain amendments to the articles of incorporation of the parent corporation (except for amendments enumerated in section 414-282)"; Illinois Compiled Statutes, Business Organizations. Business Corporation Act. (805 ILCS 5/Art. 11 heading), Artículo 11, Merger and Consolidation, sección 11.30. "Merger of subsidiary corporation", que indica lo siguiente: "(a) Any corporation, in this Section referred to as the "parent corporation", owning at least 90% of the outstanding shares of each class of shares of any other corporation or corporations, in this Section referred to as the "subsidiary corporation", may merge the subsidiary corporation or corporations into itself or into one of the subsidiary corporations, if each merging subsidiary corporation is solvent, without approval by a vote of the shareholders of the parent corporation or the shareholders of any of the merging subsidiary corporations, upon completion of the requirements of this Section. (b) The board of directors of the parent corporation shall, by resolution, approve a plan of merger setting forth: (1) The name of each merging subsidiary corporation and the name of the parent corporation; and (2) The manner and basis of converting the shares of each merging subsidiary corporation not owned by the parent corporation into shares, obligations or other securities of the surviving corporation or of the parent corporation or into cash or other property or into any combination of the foregoing; (c) A copy of such plan of merger shall be mailed to each shareholder, other than the parent corporation, of a merging subsidiary corporation who was a shareholder of record on the date of the adoption of the plan of merger, together with a notice informing such shareholders of their right to dissent and enclosing a copy of Section 11.70 or otherwise providing adequate notice of the procedure to dissent; (d) After 30 days following the mailing of a copy of the plan of merger and notice to the shareholders of each merging subsidiary corporation, or upon the written consent to the merger or written waiver of the 30 day period by the holders of all the outstanding shares of all shares of all such subsidiary corporations, the articles of merger shall be executed by the parent corporation and filed in duplicate in accordance with Section 1.10 of this Act and shall set forth: (1) The plan of merger; (2) The number of outstanding shares of each class of each merging subsidiary corporation and the number of such shares of each class owned immediately prior to the adoption of the plan of merger by the parent corporation; (3) The date of mailing a copy of the plan of merger and notice of right to dissent to the shareholders of each merging subsidiary corporation. e) When the provisions of this Section have been complied with, the Secretary of State shall file the articles of merger; (f) Subject to Section 11.35 and provided that all the conditions hereinabove set forth have been met, any domestic corporation may be merged into or may merge into itself any foreign corporation in the foregoing manner"; Iowa Code. Title XII. Business Entities/Subtitle 2 Business and Professional Corporations and Companies/Chapter 490. Business Corporations. Articles of merger or share

exchange. Sección 490.1105. Merger between parent and subsidiary or between subsidiaries, cuyo literalidad es la que se indica a continuación : “1. A domestic parent corporation that owns shares of a domestic or foreign subsidiary corporation that carry at least ninety percent of the voting power of each class and series of the outstanding shares of the subsidiary that have voting power may merge the subsidiary into itself or into another such subsidiary, or merge itself into the subsidiary, without the approval of the board of directors or shareholders of the subsidiary unless the articles of incorporation of any of the corporations otherwise provide, and unless, in the case of a foreign subsidiary, approval by the subsidiary’s board of directors or shareholders is required by the laws under which the subsidiary is organized.; 2. If under subsection 1 approval of a merger by the subsidiary’s shareholders is not required, the parent corporation shall, within ten days after the effective date of the merger, notify each of the subsidiary’s shareholders that the merger has become effective; 3. Except as provided in subsections 1 and 2, a merger between a parent and subsidiary shall be governed by the provisions of this division, applicable to mergers generally”; Kansas Statute, Article 67, Merger or Consolidation , sección 17-6703. Merger of parent corporation and subsidiary corporation or corporations, a cuyo tenor:(a) In any case in which at least 90% of the outstanding shares of each class of the stock of a corporation or corporations is owned by another corporation and one of such corporations is a corporation of this state and the other or others are corporations of this state or of any other state or states or of the District of Columbia and the laws of such other state or states, or the District of Columbia permit a corporation of such jurisdiction to merge with a corporation of another jurisdiction, the corporation having such stock ownership may either merge such other corporation or corporations into itself and assume all of its or their obligations, or merge itself, or itself and one or more of such other corporations, into one of such other corporations by executing and filing, in accordance with K.S.A. 17-6003, and amendments thereto, a certificate of such ownership and merger setting forth a copy of the resolution of its board of directors to so merge and the date of the adoption thereof, except that in case the parent corporation shall not own all the outstanding stock of all the subsidiary corporations, parties to a merger as provided in this section, the resolution of the board of directors of the parent corporation shall state the terms and conditions of the merger, including the securities, cash, property or rights to be issued, paid, delivered or granted by the surviving corporation upon surrender of each share of the subsidiary corporation or corporations not owned by the parent corporation, or the cancellation of some or all of such shares. Any of the terms of the resolution of the board of directors to so merge may be made dependent upon facts ascertainable outside of such resolution, provided that the manner in which such facts shall operate upon the terms of the resolution is clearly and expressly set forth in the resolution The term “facts”, as used in the preceding sentence, includes, but is not limited to, the occurrence of any event, including a determination or action by any person or body, including the corporation. If the parent corporation is not the surviving corporation, the resolution shall include provision for the pro rata issuance of stock of the surviving corporation to the holders of the stock of the parent corporation on surrender of any certificates therefor, and the certificate of ownership and merger shall state that the proposed merger has been approved by a majority of the outstanding stock of the parent corporation entitled to vote thereon at a meeting thereof duly called and held after 20 days' notice of the purpose of the meeting mailed to each such stockholder at the stockholder's address as it appears on the records of the corporation, if the parent corporation is a corporation of this state, or the certificate shall state that the proposed merger has been adopted, approved, certified and executed by the parent corporation in accordance with the laws under which it is organized, if the parent corporation is not a corporation of this state. If the surviving corporation exists under the laws of the District of Columbia or any state other than this state, the provisions of subsection (d) of K.S.A. 17-6702, and amendments thereto, shall also apply to a merger under this section If the surviving corporation is a Kansas corporation, it may change its corporate name by the inclusion of a provision to that effect in the resolution of merger adopted by the directors of the parent corporation and set forth in the certificate of ownership and merger, and upon the effective date of the merger, the name of the corporation shall be changed; (b) The provisions of subsection (d) of K.S.A. 17-6701, and amendments thereto, shall apply to a merger under this section, and the provisions of subsection (e) of K.S.A. 17-6701, and amendments thereto, shall apply to a merger under this section in which the surviving corporation is the subsidiary corporation and is a corporation of this state. References to “agreement of merger” in subsections (d) and (e) of K.S.A. 17-6701, and amendments thereto, shall mean, for the purposes of this subsection (c), the resolution of merger adopted by the board of directors of the parent corporation. Any merger which effects any changes other than those authorized by this section or made applicable by this subsection shall be accomplished under the provisions of K.S.A. 17-6701 or 17-6702, and amendments thereto. The provisions of K.S.A. 17-6712, and amendments thereto, shall not apply to any merger effected under this section, except as provided in subsection (d); (c) In the event all of the stock of a subsidiary Kansas corporation party to a merger effected under this section is not owned by the parent corporation immediately prior to the merger, the stockholders of the subsidiary Kansas corporation party to the merger shall have appraisal rights as set forth in K.S.A. 17-6712, and amendments thereto. (d) A merger may be effected under this section although one or more of the corporations party to the merger is a corporation organized under the laws of a jurisdiction other than one of the United States, if: (1) The laws of

such jurisdiction permit a corporation of such jurisdiction to merge with a corporation of another jurisdiction; and (2) the surviving corporation shall be a corporation of this state”; Kentucky Revised Statutes (KRS). Chapter 271B.11, sección 71B.11-040 Merger of subsidiary, que establece: “(1) A parent corporation owning at least ninety percent (90%) of the outstanding shares of each class of a subsidiary corporation may merge the subsidiary into itself without approval of the shareholders of the parent or subsidiary. (2) The board of directors of the parent shall adopt a plan of merger that sets forth: (a) The names of the parent and subsidiary; and (b) The manner and basis of converting the shares of the subsidiary into shares, obligations, or other securities of the parent or any other corporation or into cash or other property in whole or part. (3) The parent shall mail a copy or summary of the plan of merger to each shareholder of the subsidiary who does not waive the mailing requirement in writing. (4) The parent shall not deliver articles of merger to the Secretary of State for filing until at least thirty (30) days after the date it mailed a copy of the plan of merger to each shareholder of the subsidiary who did not waive the mailing requirement. (5) Articles of merger under this section shall not contain amendments to the articles of incorporation of the parent corporation (except for amendments enumerated in KRS 271B.10-020)”; Massachusetts General Laws. Title XXII Corporations. Chapter 156D Business Corporations, Section 11.05. Meger Between Parent and Subsidiary or Between Subsidiaries, que dispone: “(a) A domestic parent corporation that owns shares of a domestic or foreign subsidiary corporation that carry at least 90 per cent of the voting power of each class and series of the outstanding shares of the subsidiary that have voting power may merge the subsidiary into itself or into another such subsidiary, or merge itself into the subsidiary, without the approval of the board of directors or shareholders of the subsidiary, unless the articles of organization of any of the corporations otherwise provide, and unless, in the case of a foreign subsidiary, approval by the subsidiary’s board of directors or shareholders is required by the laws under which the subsidiary is organized. (b) If under subsection (a) approval of a merger by the subsidiary’s shareholders is not required, the parent corporation shall, within 10 days after the effective date of the merger, notify each of the subsidiary’s shareholders that a merger has become effective; (c) Except as provided in subsections (a) and (b), a merger between a parent and subsidiary shall be governed by part 11 applicable to mergers generally”.

²⁵⁸⁷ El Comentario Oficial a la Sección 11.05 indica “Under section 11.05, if a parent owns 90% of the voting power of each class and series of the outstanding shares of a subsidiary that have voting power, the subsidiary may be merged into the parent or another such subsidiary, or the parent may be merged into the subsidiary, without the approval of the subsidiary’s shareholders or board of directors, subject to certain informational and notice requirements. Approval by the subsidiary’s shareholders is not required partly because if a parent already owns 90% or more of the voting power of each class and series of a subsidiary’s shares, approval of a merger by the subsidiary’s shareholders would be a foregone conclusion, and partly to facilitate the simplification of corporate structure where only a very small fraction of stock is held by outside shareholders. Approval by the subsidiary’s board of directors is not required because if the parent owns 90% or more of the voting power of each class and series of the subsidiary’s outstanding shares, the subsidiary’s directors cannot be expected to be independent of the parent, so that the approval by the subsidiary’s board of directors would also be a foregone conclusion. In other respects, mergers between parents and 90%-owned subsidiaries are governed by the provisions of chapter 11. Section 11.05 dispenses with approval by the board of directors or the shareholders of a subsidiary that is merged into the parent or another subsidiary if the conditions of the section are met. Section 11.05 does not in itself dispense with approval by the shareholders of the parent. Under section 11.04(g), a merger of the kind described in section 11.05 in which the subsidiary is merged upstream into the parent would usually not require approval of the parent’s shareholders, because in such cases the parent’s articles of incorporation are usually not affected by the merger and the parent usually does not issue stock carrying more than 20% of its voting power. If, however, a parent is merged downstream into the subsidiary, approval by the parent’s shareholders would be required under section 11.04.”

²⁵⁸⁸ La Sección 11.04 MBCA indica “(g) Unless the articles of incorporation otherwise provide, approval by the corporation’s shareholders of a plan of merger (...) is not required if: (1) the corporation will survive the merger (...); (2) except for amendments permitted by section 10.05, its articles of incorporation will not be changed; (3) each shareholder of the corporation whose shares were outstanding immediately before the effective date of the merger (...) will hold the same number of shares, with identical preferences, limitations, and relative rights, immediately after the effective date (...); and (4) the issuance in the merger (...) of shares or other securities convertible into or rights exercisable for shares does not require a vote under section 6.21(f)”.

²⁵⁸⁹ La Delaware GCL señala en su Sección 253 que “(a) In any case in which at least 90% of the outstanding shares of each class of the stock of a corporation or corporations (other than a corporation which has in its certificate of incorporation the provision required by § 251(g)(7)(i) of this title), of which class there are outstanding shares that, absent this subsection, would be entitled to vote on such merger, is owned by

another corporation and 1 of the corporations is a corporation of this State and the other or others are corporations of this State, or any other state or states, or the District of Columbia and the laws of the other state or states, or the District permit a corporation of such jurisdiction to merge with a corporation of another jurisdiction, the corporation having such stock ownership may either merge the other corporation or corporations into itself and assume all of its or their obligations, or merge itself, or itself and 1 or more of such other corporations, into 1 of the other corporations by executing, acknowledging and filing, in accordance with § 103 of this title, a certificate of such ownership and merger setting forth a copy of the resolution of its board of directors to so merge and the date of the adoption; provided, however, that in case the parent corporation shall not own all the outstanding stock of all the subsidiary corporations, parties to a merger as aforesaid, the resolution of the board of directors of the parent corporation shall state the terms and conditions of the merger, including the securities, cash, property, or rights to be issued, paid, delivered or granted by the surviving corporation upon surrender of each share of the subsidiary corporation or corporations not owned by the parent corporation or the cancellation of some or all of such shares. Any of the terms of the resolution of the board of directors to so merge may be made dependent upon facts ascertainable outside of such resolution, provided that the manner in which such facts shall operate upon the terms of the resolution is clearly and expressly set forth in the resolution”.

²⁵⁹⁰ “The term “facts,” as used in the preceding sentence, includes, but is not limited to, the occurrence of any event including a determination or action by any person or body, including the corporation”, aclara la misma sección”.

²⁵⁹¹ Sección 253 de la Delaware GCL que señala “If the parent corporation be not the surviving corporation, the resolution shall include provision for the pro rata issuance of stock of the surviving corporation to the holders of the stock of the parent corporation on surrender of any certificates therefor, and the certificate of ownership and merger shall state that the proposed merger has been approved by a majority of the outstanding stock of the parent corporation entitled to vote thereon at a meeting duly called and held after 20 days’ notice of the purpose of the meeting mailed to each such stockholder at the stockholder’s address as it appears on the records of the corporation if the parent corporation is a corporation of this State or state that the proposed merger has been adopted, approved, certified, executed and acknowledged by the parent corporation in accordance with the laws under which it is organized if the parent corporation is not a corporation of this State. If the surviving corporation exists under the laws of the District of Columbia or any state or jurisdiction other than this State, subsection (d) of § 252 of this title shall also apply to a merger under this section; b) If the surviving corporation is a Delaware corporation, it may change its corporate name by the inclusion of a provision to that effect in the resolution of merger adopted by the directors of the parent corporation and set forth in the certificate of ownership and merger, and upon the effective date of the merger, the name of the corporation shall be so changed”

²⁵⁹² La Sección 251 de la Delaware GCL señala “(c) Subsection (d) of § 251 of this title shall apply to a merger under this section, and subsection (e) of § 251 of this title shall apply to a merger under this section in which the surviving corporation is the subsidiary corporation and is a corporation of this State. References to “agreement of merger” in subsections (d) and (e) of § 251 of this title shall mean for purposes of this subsection the resolution of merger adopted by the board of directors of the parent corporation. Any merger which effects any changes other than those authorized by this section or made applicable by this subsection shall be accomplished under § 251 or § 252 of this title. Section 262 of this title shall not apply to any merger effected under this section, except as provided in subsection (d) of this section; (d) In the event all of the stock of a subsidiary Delaware corporation party to a merger effected under this section is not owned by the parent corporation immediately prior to the merger, the stockholders of the subsidiary Delaware corporation party to the merger shall have appraisal rights as set forth in § 262 of this title; (e) A merger may be effected under this section although 1 or more of the corporations parties to the merger is a corporation organized under the laws of a jurisdiction other than 1 of the United States; provided that the laws of such jurisdiction permit a corporation of such jurisdiction to merge with a corporation of another jurisdiction”.

²⁵⁹³ La Sección 905 NY Code indica que “Any domestic corporation owning at least ninety percent of the outstanding shares of each class of another domestic corporation or corporations may either merge such other corporation or corporations into itself without the authorization of the shareholders of any such corporation or merge itself and one or more of such other corporations into one of such other corporations with the authorization of the parent corporation's shareholders in accordance with paragraph (a) of section 903 (Authorization by shareholders). In either case, the board of such parent corporation shall adopt a plan of merger, setting forth: (1) The name of each corporation to be merged and the name of the surviving corporation, and if the name of any of them has been changed, the name under which it was formed. (2) The designation and number of outstanding shares of each class of each corporation to be merged and the number of such shares of each class, if any, owned by the surviving corporation; and if the number of any such shares is subject to change prior to the effective date of the merger, the manner in which such change

may occur. (3) The terms and conditions of the proposed merger, including the manner and basis of converting the shares of each subsidiary corporation to be merged not owned by the parent corporation into shares, bonds or other securities of the surviving corporation, or the cash or other consideration to be paid or delivered in exchange for shares of each such subsidiary corporation, or a combination thereof. (4) If the parent corporation is not the surviving corporation, provision for the pro rata issuance of shares of the surviving corporation to the shareholders of the parent corporation on surrender of any certificates therefor. (5) If the parent corporation is not the surviving corporation, a statement of any amendments or changes in the certificate of incorporation of the surviving corporation to be effected by the merger. (6) Such other provisions with respect to the proposed merger as the board considers necessary or desirable. (b) If the surviving corporation is the parent corporation, a copy of such plan of merger or an outline of the material features thereof shall be given, personally or by mail, to all holders of shares of each subsidiary corporation to be merged not owned by the parent corporation, unless the giving of such copy or outline has been waived by such holders. (c) A certificate of merger, entitled "Certificate of merger of into (names of corporations) under section 905 of the Business Corporation Law", shall be signed and delivered to the department of state by the surviving corporation. If the surviving corporation is the parent corporation and such corporation does not own all shares of each subsidiary corporation to be merged, such certificate shall be delivered not less than thirty days after the giving of a copy or outline of the material features of the plan of merger to shareholders of each such subsidiary corporation, or at any time after the waiving thereof by the holders of all of the outstanding shares of each such subsidiary corporation not owned by the surviving corporation. The certificate shall set forth: (1) The statements required by subparagraphs (a) (1), (2), (4) and (5) of this section. (2) The effective date of the merger if other than the date of filing of the certificate of merger by the department of state. (3) The date when the certificate of incorporation of each constituent corporation was filed by the department of state. (4) A statement that the plan of merger was adopted by the board of directors of the parent corporation. (5) If the surviving corporation is the parent corporation and such corporation does not own all the shares of each subsidiary corporation to be merged, either the date of the giving to holders of shares of each such subsidiary corporation not owned by the surviving corporation of a copy of the plan of merger or an outline of the material features thereof, or a statement that the giving of such copy or outline has been waived, if such is the case. . (6) If the parent corporation is not the surviving corporation, a statement that the proposed merger has been approved by the shareholders of the parent corporation in accordance with paragraph (a) of section 903 (Authorization by shareholders). (d) The surviving corporation shall thereafter cause a copy of such certificate, certified by the department of state, to be filed in the office of the clerk of each county in which the office of a constituent corporation, other than the surviving corporation, is located, and in the office of the official who is the recording officer of each county in this state in which real property of a constituent corporation, other than the surviving corporation, is situated. (e) Paragraph (b) of section 903 (Authorization by shareholders) shall apply to a merger under this section. (f) The right of merger granted by this section to certain corporations shall not preclude the exercise by such corporations of any other right of merger or consolidation under this article”.

²⁵⁹⁴ Según CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), pp. 785-786, “como regla general ha de ser en la fusión nacional la publicidad del proyecto de fusión (...). Cuando excepcionalmente se prescinda de esa publicidad (...), no quedará otra que acudir a los acuerdos de la junta, normalmente sólo de la absorbente y si éste faltara se habría de estar imperativamente a la publicidad del proyecto. Esta porcentaje de capital se habrá de mantener entonces hasta el acuerdo de la junta general de la sociedad participada, y cuando esta no se celebre, hasta el de la sociedad dominante, por lo normal en el papel de sociedad absorbente. Cuando también falte la junta de ésta ultima (...), se habrá de esperar al transcurso del plazo de quince días que tiela minoría (...). Pero estas consideraciones en el caso de una fusión transfronteriza chocan con la posible obervancia de parámetros temporales distintos en otras leyes (...). Cualoeiera que sea la posición de la sociedad española en la fusión, al tratarse de una ciconstancia común a todas las sociedades participantes, cad autoridad nacional tendrá que valorar el cumplimiento del requisito según sus propios parámetros (...). La solución en cambio no puede ser acumulativa a la hora de concretar la modalidad de participación en el capital social”.

²⁵⁹⁵ La Sección 11.05.(a) de la MBCA indica que “A domestic parent corporation that owns shares of a domestic or foreign subsidiary corporation that carry at least 90% of the voting power of each class and series of the outstanding shares of the subsidiary that have voting power may merge the subsidiary into itself or into another such subsidiary, or merge itself into the subsidiary, without the approval of the board of directors or shareholders of the subsidiary, unless the articles of incorporation of any of the corporations otherwise provide, and unless, in the case of a foreign subsidiary, approval by the subsidiary’s board of directors or shareholders is required by the laws under which the subsidiary is organized”.

²⁵⁹⁶ El Comentario Oficial a Sección 11.05 indica “Under section 11.05, if a parent owns 90% of the voting power of each class and series of the outstanding shares of a subsidiary that have voting power, the subsidiary

may be merged into the parent or another such subsidiary, or the parent may be merged into the subsidiary, without the approval of the subsidiary's shareholders or board of directors, subject to certain informational and notice requirements".

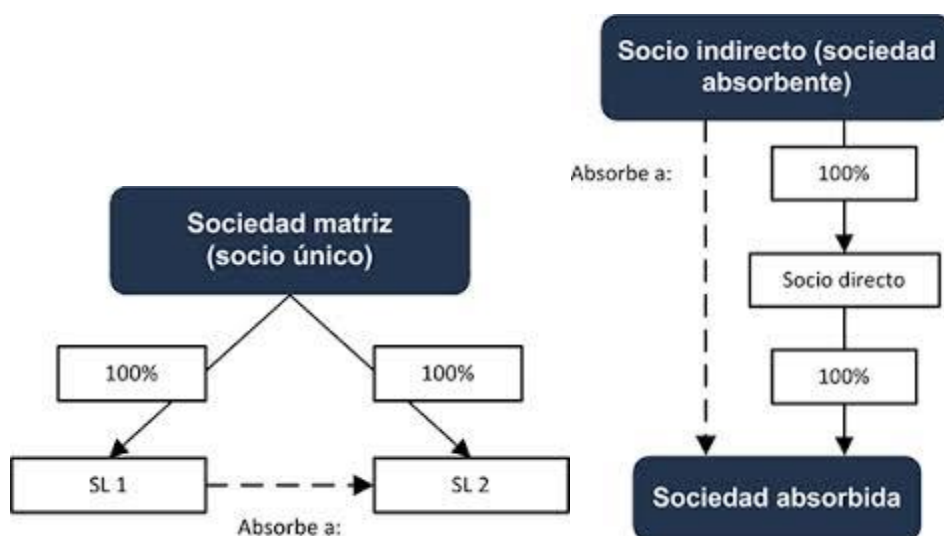
²⁵⁹⁷ La Sección 1.40.(27) MBCA señala "Voting power means the current power to vote in the election of directors".

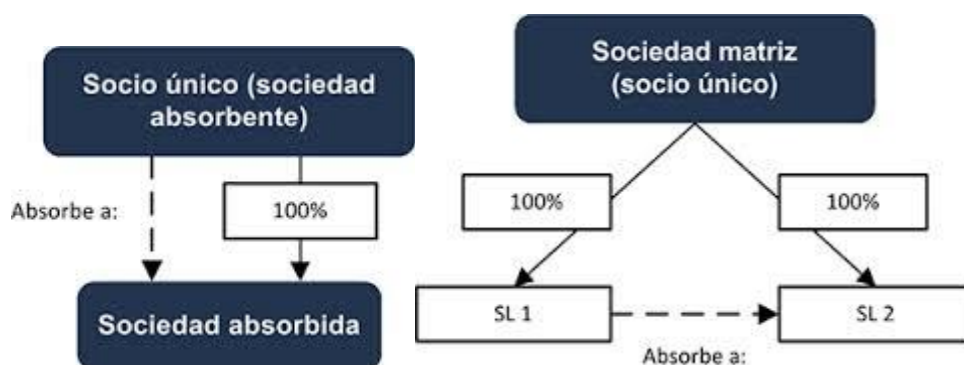
²⁵⁹⁸ El Comentario Oficial a la Sección 1.40 MBCA respecto al "voting power" indica "Under section 1.40(27) the term "voting power" means the current power to vote in the election of directors. Application of this definition turns on whether the relevant shares carry the power to vote in the election of directors as of the time for voting on the relevant transaction. If shares carry the power to vote in the election of directors only under a certain contingency, as is often the case with preferred stock, the shares would not carry voting power within the meaning of section 1.40(27) unless the contingency has occurred, and only during the period when the voting rights are in effect. Shares that carry the power to vote for any directors as of the time to vote on the relevant transaction have the current power to vote in the election of directors within the meaning of section 1.40(27) even if the shares do not carry the power to vote for all directors".

²⁵⁹⁹ Sobre sus aspectos contables LARRIBA DÍAZ-ZORITA, A y MIR FERNÁNDEZ, C., op. cit. (*Aspectos contables de la ley sobre las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*), pp. 191-194.

²⁶⁰⁰ Sobre la "simplificación de las formalidades" en las fusiones en nuestro sistema GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 265-288; JUSTE MENCÍA, J. op. cit. (*Fusiones especiales*), pp. 771-802; CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), pp. 787-793.

²⁶⁰¹ Las operaciones de fusión intragrupo se suelen representar gráficamente de la siguiente manera:





Fuente:

<https://www.google.es/search?q=fusiones+inversas+transfronterizas&sa=N&espv=2&biw=1680&bih=941&tbm=isch&tbo=u&source=univ&ved=0CEoQsAQ4CmoVChMIuvXX9-KvxwIVRdYaCh1OFA1a>.

Pueden verse representaciones gráficas también en GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., op. cit. (*Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*), pp. 269, 270, 272, 274 y 275.

²⁶⁰² Indican los Considerandos 1, 2 y 23 del Reglamento 2157/2001.

²⁶⁰³ “Esta remisión no refleja, por sí misma, la complejidad normativa a la que debe enfrentarse el operador jurídico, cuando pretenda conocer el régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas”, indica JUSTE MENCIA, J., op. cit. (*La sociedad anónima europea*), p. 256.

²⁶⁰⁴ Se afirma en los Considerandos 3, 6 y 13 del Reglamento 2157/2001.

²⁶⁰⁵ Según precisan los Considerandos 14, 16 y 17 del Reglamento 2157/2001.

²⁶⁰⁶ Artículos 1, 5 y 7 del Reglamento 2157/2001.

²⁶⁰⁷ LARGO GIL, R., “*La Sociedad Anónima Europea y el Estatuto de la Sociedad cotizada*”, RdS núm. 24, año 2005-1, p. 70.

²⁶⁰⁸ LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*), p. 121.

²⁶⁰⁹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*), p. 121.

²⁶¹⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*), p. 121-122, que además precisa: “En las dos modalidades el procedimiento es básicamente el mismo y con los mismos efectos corporativos y patrimoniales”.

²⁶¹¹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*), p. 122; Indica SAGASTI AURREKOETXA, J. J., op. cit. (*La constitución de la “Societas Europaea-SE*), p. 135, que la constitución de una “Societas Europaea” por fusión “solamente podrán llevarla a cabo (...), Sociedades Anónimas”.

²⁶¹² Como se indica en los Considerandos 15, 16 y 17 del Reglamento 2157/2001.

²⁶¹³ Indica LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*), p. 117, que explica esta restricción tipológica en Nota 109.

²⁶¹⁴ LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*), p. 125, que desarrolla en pp. 126-137.

²⁶¹⁵ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 816, aluden a que “existen algunas diferencias con las menciones que exige el art. 31 LME”.

²⁶¹⁶ Indica LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*), p. 119, que “en la composición del régimen jurídico relativo a la constitución de una SE se entremezclan los preceptos previstos en el Reglamento (CE) 2157/2001 con las disposiciones de los

ordenamientos estatales aplicables a cada sociedad implicada; aquí es donde se producirá un test acerca del grado de armonización de las legislaciones nacionales sobre sociedades por obra de la implementación de las Directivas comunitarias concernidas”.

²⁶¹⁷ Cuyo artículo 16 deroga a la Directiva 68/151/CEE, cuyo artículo 3.2, al que apela el artículo 21.b del Reglamento 2157/2001, se corresponde con el artículo 3.3 de la Directiva 2009/101, según la tabla de correspondencias.

²⁶¹⁸ En otro sentido CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 816.

²⁶¹⁹ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 817.

²⁶²⁰ LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*), p. 138, indicando en p. 139 que “en definitiva, respecto a los informes sobre el proyecto de constitución de una SE es aplicable, en principio, la legislación en vigor en el Estado miembro del que dependa cada sociedad implicada”.

²⁶²¹ LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*), p. 138, en donde precisa que el Reglamento 2157/2001 “únicamente hace referencia al informe de “peritos” independientes”.

²⁶²² En otro sentido se pronuncian CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 817, que precisan que se trata de una “matización importante por sus distintos destinatarios y la posibilidad de su renuncia”.

²⁶²³ LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*), p. 147.

²⁶²⁴ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), pp. 822-823.

²⁶²⁵ Relativo a la “Separación y exclusión de socios”.

²⁶²⁶ SAGASTI AURREKOETXA, J. J., op. cit. (*La constitución de la “Societas Europaea-SE*), pp. 140-143, alude a la “importancia y efectos del control de legalidad”, en la constitución de la Sociedad Anónima Europea, diferenciando entre el “control de legalidad de la fusión” ex ante o en fase individual y el “control de legalidad por Fusión o en fase “conjunta o constituyente”.

²⁶²⁷ El artículo 160 bis, titulado “Inscripción del traslado del domicilio de una sociedad anónima europea a otro Estado miembro”, del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, establece en sus apartados 2 y 3, lo siguiente: “2. El Gobierno, o en su caso la autoridad de vigilancia correspondiente, notificarán al Registrador la oposición en cuanto se haya aprobado dicho acuerdo y como máximo en el plazo de dos meses a que se refiere el artículo 316.3 de la Ley de Sociedades Anónimas. El Registrador hará constar esta circunstancia por nota marginal y denegará la expedición de la certificación a que se refiere el artículo 315 de dicha Ley; 3. En la escritura pública de traslado deberá constar la declaración de los administradores de que ningún accionista ha ejercitado su derecho de separación, ni ningún acreedor su derecho de oposición. Caso contrario, el derecho de separación se recogerá mediante la declaración de los administradores de la que resulte el reembolso de las acciones correspondientes y los datos de identidad de los accionistas que ejercitaron tal derecho, previa amortización de aquellas y reducción del capital social. Y el derecho de oposición de los acreedores se recogerá mediante declaración de los administradores en la que conste la identidad de quienes se hubieren opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiese prestado la sociedad. Todas estas circunstancias se harán constar en la inscripción”.

²⁶²⁸ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 820, lo tratan como “certificación previa la fusión”

²⁶²⁹ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 821, aluden a ese trámite como “control de legalidad e inscripción del afusión”.

²⁶³⁰ Indica SAGASTI AURREKOETXA, J. J., op. cit. (*La constitución de la “Societas Europaea-SE*), pp. 138-139.

²⁶³¹ Bien entendido, en relación con el apartado “c”, que para que una SE pueda registrarse en un Estado miembro que haya ejercido la potestad a que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Directiva 2001/86/CE, o bien deberá haberse celebrado un acuerdo de implicación -incluida la participación- de los trabajadores en virtud del artículo 4 de la mencionada Directiva, o bien ninguna de las sociedades

participantes deberá haber estado sujeta a las normas de participación antes de la inscripción de la SE. , y que además, los estatutos de las SE en ningún caso podrán ser contrarios a las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores que se hayan fijado. Cuando en virtud de la Directiva 2001/86/CE se determinen nuevas disposiciones en materia de implicación que sean contrarias a los estatutos existentes, éstos habrán de ser modificados en la medida necesaria. En ese caso, los Estados miembros podrán disponer que el órgano de dirección o el órgano de administración de la SE esté facultado para modificar los estatutos sin nuevo acuerdo de la junta general de accionistas.

²⁶³² La misma indicación se contiene en el apartado 3 del artículo 12 de la Ley 31/2006.

²⁶³³ SEQUEIRA MARTÍN, A., op. cit. (*Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la sociedad Anónima Europea*), p. 308.

²⁶³⁴ Se destaca por SAGASTI AURREKOETXA, J. J., op. cit. (*La constitución de la “Societas Europaea-SE”*), p. 138

²⁶³⁵ Indica SAGASTI AURREKOETXA, J. J., op. cit. (*La constitución de la “Societas Europaea-SE”*), p. 138.

²⁶³⁶ LARGO GIL, R., op. cit. (*La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)*), pp. 148-149.

²⁶³⁷ CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., op. cit. (*Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable*), p. 824.

²⁶³⁸ Alude a la “centralidad de los derechos de implicación de los trabajadores en el establecimiento y funcionamiento de la sociedad anónima europea”, VALDÉS DAL-RE, F., op. cit. (*Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional*), pp. 209; Como precisa el Considerando 3 de la Directiva 2001/86: “Para fomentar los objetivos sociales de la Comunidad deben fijarse disposiciones especiales, sobre todo en el ámbito de la implicación de los trabajadores, encaminadas a garantizar que el establecimiento de las SE no suponga la desaparición ni la reducción de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores en las empresas que participen en la creación de las SE que ese objetivo debe perseguirse mediante el establecimiento de una serie de normas aplicables en este ámbito, que completen las disposiciones del Reglamento”.

²⁶³⁹ Considerando 5 de la Directiva 2001/86.

²⁶⁴⁰ VALDÉS DEL-RE, F., op.cit. (*Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional*), p. 211.

²⁶⁴¹ “Una vez publicado el proyecto de fusión (...), los citados órganos llevarán a cabo, en el plazo máximo de los cuarenta y cinco días siguientes, las gestiones necesarias para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE, incluida la comunicación a estos de las informaciones relativas a la identidad de las sociedades participantes y de todos sus centros de trabajo y empresas filiales, con indicación de cuáles de ellos se verán afectados por el proyecto de constitución (...), así como el número de sus trabajadores respectivos. Igualmente, deberán informar sobre el lugar del domicilio social propuesto. Cuando en las sociedades participantes se aplique algún sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control, las informaciones a las que se refiere el párrafo anterior deberán especificar las características de tales sistemas, el número de trabajadores cubiertos por dichos sistemas, así como la proporción que estos representan respecto del total de los trabajadores de las sociedades participantes”, precisa el artículo 5 de la Ley 31/2006.

²⁶⁴² VALDÉS DAL-RE, F., op.cit. (*Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional*), p. 211.

²⁶⁴³ VALDÉS DAL-RE, F., op.cit. (*Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional*), p. 213.

²⁶⁴⁴ Sobre la composición de la comisión negociadora, indica el artículo 67 de la Ley 31/2006: “1. Los miembros de la comisión negociadora serán elegidos o designados, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales, en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por las sociedades participantes y por sus filiales y centros de trabajo afectados, a razón, en cada Estado miembro, de un puesto por cada 10 por ciento o fracción del total de trabajadores empleados en el conjunto de los Estados miembros. Podrán ser designados como representantes de los trabajadores en la comisión negociadora representantes sindicales, sean o no trabajadores de una de las sociedades participantes o de sus centros de trabajo o empresas filiales afectados, en los términos previstos en las legislaciones o prácticas nacionales. 2. En el caso de las SE constituidas mediante fusión, deberán incorporarse a la comisión negociadora otros

miembros adicionales en representación de cada Estado miembro en la medida necesaria para garantizar que la comisión negociadora incluye, al menos, un miembro representante de cada una de las sociedades participantes que están registradas y emplean a trabajadores en dicho Estado miembro y que vaya, según el proyecto, a dejar de existir como entidad jurídica diferenciada tras la inscripción de la SE, en los términos que se prevén en los apartados siguientes. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que una sociedad participante registrada y que emplea a trabajadores en un Estado miembro está representada en la comisión negociadora cuando forme parte de ella un trabajador de dicha sociedad elegido o designado en el Estado miembro en cuestión. En el caso de que entre los miembros elegidos o designados en dicho Estado miembro figure un representante que no sea trabajador de ninguna de las sociedades participantes, se presumirá que todas las sociedades participantes que emplean a trabajadores en dicho Estado miembro están representadas en la comisión negociadora a través de dicho representante, salvo que el acta de la elección o designación dispusiera otra cosa. 3. El número de miembros adicionales que se elijan o designen conforme a lo dispuesto en el apartado anterior no podrá ser superior al 20 por ciento del número de miembros ordinarios inicialmente elegidos o designados. Si el número de sociedades en que concurren las circunstancias previstas en el apartado 2 es superior al número de puestos máximos que deben elegirse o designarse conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, estos puestos se atribuirán a sociedades de Estados miembros diferentes y por orden decreciente del número de trabajadores que empleen. 4. Para evitar la doble representación en la comisión negociadora de los trabajadores afectados por la designación de representantes adicionales, se deberá proceder a deducir dicho número de trabajadores del número total de trabajadores cuya representación se hubiera atribuido a los representantes ordinarios inicialmente elegidos o designados en el Estado miembro en cuestión. 5. La composición de la comisión negociadora deberá modificarse, y se procederá a una nueva elección o designación de todos o de parte de sus miembros, en los términos que en cada caso procedan, en los siguientes supuestos: a) Cuando se haya producido una modificación en la dimensión, composición o estructura de las sociedades participantes o de las filiales y centros de trabajo afectados que implique, conforme a las disposiciones de esta Ley, una alteración del número de puestos que hay que cubrir en la comisión negociadora o de los criterios de distribución de aquellos o de la representatividad de la comisión, y así se solicite por acuerdo de la propia comisión negociadora o mediante una petición escrita de un mínimo del 10 por ciento de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados o de sus representantes, que pertenezcan, por lo menos, a dos centros de trabajo situados en Estados miembros diferentes. b) Cuando se haya producido la pérdida del mandato representativo nacional de un miembro de la comisión negociadora o de los representantes nacionales de los trabajadores que procedieron a su elección o designación, y así lo solicite un 10 por ciento al menos de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo en representación de los cuales fue elegido o designado el miembro en cuestión, o de sus representantes”.

²⁶⁴⁵ El artículo 8 de la Ley 31/2006, describe las funciones de la comisión negociadora en los siguientes términos: “1. A la comisión negociadora corresponde negociar con los órganos competentes de las sociedades participantes el contenido de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE. Los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora deberán negociar de buena fe, con vistas a la obtención de un acuerdo. 2. No obstante lo señalado en el apartado anterior, la comisión negociadora podrá decidir, en las condiciones que se señalan a continuación, no iniciar las negociaciones con los órganos competentes de las sociedades participantes para la celebración del acuerdo o dar por terminadas las negociaciones en curso y someterse a las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE emplee a trabajadores. La mayoría necesaria para la adopción de la decisión a la que se refiere el párrafo anterior será la de dos tercios de los miembros de la comisión negociadora, que representen a su vez, al menos, a dos tercios de los trabajadores e incluyan los votos de miembros que representen a trabajadores de, al menos, dos Estados miembros (...). 3. La adopción de cualquiera de las decisiones a las que se refiere el apartado 2 pondrá fin al procedimiento de negociación, sin que sean de aplicación las disposiciones subsidiarias previstas en el capítulo II de este título. Una vez adoptada la decisión, la comisión negociadora sólo volverá a ser convocada cuando así lo soliciten por escrito un 10 por ciento, como mínimo, de los trabajadores de la SE y de sus filiales y centros de trabajo afectados, o de sus representantes, y siempre que hayan transcurrido, al menos, dos años desde la citada decisión, salvo que las partes acuerden iniciar las negociaciones con anterioridad. En el caso de que una vez iniciadas de nuevo las negociaciones no se logre alcanzar en ellas un acuerdo, seguirán sin ser de aplicación las disposiciones subsidiarias previstas en el capítulo II de este título. 4. La comisión negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes decidirán, de común acuerdo, las reglas precisas sobre la presidencia o, en su caso, otros procedimientos acordados para el desarrollo de las sesiones de sus reuniones conjuntas. Las actas de las reuniones entre los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora serán firmadas por un representante en nombre de cada una de las partes. 5. Las funciones de la comisión negociadora finalizarán con la conclusión de un acuerdo o la adopción de las decisiones previstas en el apartado 2”.

²⁶⁴⁶ Entendiéndose según precisa el artículo 3.4, in fine, de la Directiva 2001/86, por “reducción de los derechos de participación” una proporción de miembros de los órganos de la, Sociedad anónima Europea inferior a la proporción más alta existente en las sociedades participantes, entendiéndose por “participación” la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante el derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad, o el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad.

²⁶⁴⁷ El artículo 9 de la Ley 31/2006, se ocupa del “régimen de funcionamiento de la comisión negociadora”, indicando lo siguiente: “1. Salvo en los casos en que en esta Ley se establece una mayoría específica diferente, la comisión negociadora adoptará sus acuerdos por una mayoría absoluta de sus miembros, que represente a una mayoría absoluta de los trabajadores. Cada miembro dispondrá de un voto. Cuando el resultado de las negociaciones a las que se refiere el artículo 8.1 pueda determinar una reducción de los derechos de participación de los trabajadores existentes en las sociedades participantes, la mayoría necesaria para tomar tal acuerdo será, en los casos que se señalan a continuación, la de dos tercios de los miembros de la comisión negociadora, que representen a su vez, al menos, a dos tercios de los trabajadores e incluyan los votos de miembros que representen a trabajadores de, al menos, dos Estados miembros. Se entenderá por reducción de los derechos de participación, a estos efectos, el establecimiento de un número de miembros en los órganos de la SE, en el sentido señalado en la definición de “participación” (...), inferior al mayor número existente en cualquiera de las sociedades participantes. Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación en los siguientes supuestos: a) En el caso de una SE que se constituya por fusión, cuando se aplicara en alguna de las sociedades participantes un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control que afectase al 25 por ciento, al menos, del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes. (...). 3. La comisión negociadora podrá elegir a un presidente entre sus miembros y establecer un reglamento interno de funcionamiento. 4. La comisión negociadora tendrá derecho a reunirse con carácter previo a cualquier reunión que deba mantener con los órganos competentes de las sociedades participantes, sin la presencia de estos. 5. Siempre que la comisión negociadora lo considere necesario para el correcto desempeño de sus funciones, podrá estar asistida por expertos de su elección, incluidos representantes de las organizaciones sindicales europeas correspondientes. Dichos expertos podrán estar presentes en calidad de asesores en las reuniones de negociación con los órganos competentes de las sociedades participantes cuando así lo solicite la comisión negociadora, en particular para facilitar que las disposiciones que se negocien sean coherentes con el ámbito comunitario europeo en que se desenvuelven las actividades de la sociedad. 6. La comisión negociadora informará del proceso y de los resultados de la negociación a las organizaciones sindicales que, en cada Estado miembro, hayan participado en su elección o designación. 7. Los gastos derivados de la constitución y del funcionamiento de la comisión negociadora y, en general, del desarrollo de las negociaciones serán sufragados por las sociedades participantes, que deberán proporcionarle los recursos financieros y materiales suficientes para cumplir sus funciones adecuadamente. En particular, las sociedades participantes deberán sufragar los siguientes gastos: a) Los derivados de la elección o designación de los miembros de la comisión negociadora. b) Los de organización de las reuniones de la comisión negociadora, incluidos los gastos de interpretación, manutención, alojamiento y viaje de sus miembros. c) Los derivados de, al menos, un experto designado por la comisión negociadora para asistirle en sus funciones”.

²⁶⁴⁸ “1. Las negociaciones se iniciarán tan pronto como se haya constituido la comisión negociadora y podrán proseguir durante los seis meses siguientes. No obstante, las partes podrán acordar una prórroga del período de negociación mencionado, hasta un máximo de un año contado desde la fecha de constitución de la comisión negociadora. 2. Cumplidas por los órganos competentes de las sociedades participantes sus obligaciones para la constitución de la comisión negociadora, si esta no se constituyera por causa imputable a los representantes de los trabajadores, el plazo de seis meses a que se refiere el apartado anterior comenzará a contar desde la fecha en que la comisión negociadora hubiera podido quedar válidamente constituida”, precisa el artículo 10 de la Ley 31/2006, que al concretar el “dies a quo” desarrolla el contenido de la Directiva 2001/86, indica VALDÉS DEL-RE, F., op.cit. (*Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional*), p. 216.

²⁶⁴⁹ Según indica el artículo 11 de la Ley 31/2006 “1. Sin perjuicio de la autonomía de las partes, y respetando lo dispuesto en el apartado 2, el acuerdo entre la comisión negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes deberá contener: a) La identificación de las partes que lo conciertan. b) El ámbito de aplicación del acuerdo. c) La composición, el número de miembros y la distribución de los puestos del órgano de representación de los trabajadores a través del cual se ejercerán los derechos de información y consulta de los trabajadores de la SE y de sus empresas filiales y que será el interlocutor a este respecto del órgano competente de la SE, la duración de su mandato y los efectos que sobre ello se pudieran derivar de las modificaciones en la dimensión, composición o estructura de la SE y de sus empresas filiales o en la

composición de los órganos nacionales de representación de los trabajadores. d) Las atribuciones del órgano de representación y el procedimiento de información y consulta previsto. e) La frecuencia de las reuniones del órgano de representación. f) Los recursos materiales y financieros asignados al órgano de representación para el adecuado cumplimiento de sus funciones. g) En el caso de que las partes hayan acordado el establecimiento de uno o varios procedimientos de información y consulta, en lugar de la creación de un órgano de representación, las modalidades de aplicación de dichos procedimientos. h) En el caso de que las partes hayan acordado el establecimiento de normas de participación, los elementos esenciales de dichas normas, incluida, en su caso, la determinación del número de miembros del órgano de administración o de control de la SE que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar o recomendar o a cuya designación tendrán derecho a oponerse, de los procedimientos a seguir para ello y de sus derechos. i) La fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración y las condiciones de su denuncia, prórroga y renegociación”.

²⁶⁵⁰ VALDÉS DAL-RE, F., op.cit. (*Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional*), p. 220

²⁶⁵¹ VALDÉS DAL-RE, F., op.cit. (*Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional*), pp. 221-224.

²⁶⁵² VALDÉS DAL-RE, F., op.cit. (*Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional*), p. 226.

²⁶⁵³ Que añade lo siguiente: “2. Los representantes de los trabajadores a los que se refiere este artículo tendrán derecho a los permisos retribuidos necesarios para la asistencia a las reuniones de la comisión negociadora y del órgano de representación o a las reuniones que se celebren en el marco del procedimiento de información y consulta que en su caso se haya acordado, así como a las reuniones del órgano de administración o de control del que formen parte.3. Con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los miembros de la comisión negociadora y del órgano de representación, así como los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de administración o de control de la SE, tendrán derecho a un crédito de sesenta horas anuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones, adicionales, en su caso, a las que dispongan en su condición de representantes nacionales de los trabajadores”.

²⁶⁵⁴ VALDÉS DAL-RE, F., op.cit. (*Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional*), pp. 228.i-229

²⁶⁵⁵ “Se entenderá por reducción de los derechos de participación, a estos efectos, el establecimiento de un número de miembros en los órganos de la sociedad resultante de la fusión inferior al mayor número existente en cualquiera de las sociedades participantes”, precisa el artículo 40.3ª de la Ley 31/2006.

²⁶⁵⁶ Cuya similitud con lo prevenido en el artículo 14 de la misma norma es evidente.

²⁶⁵⁷ Considerando 8, in fine.

²⁶⁵⁸ SÁNCHEZ PACHÓN, L., “Artículo 56. Causas de nulidad”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 538.

²⁶⁵⁹ Considerando 7 de la Directiva 2005/56.

²⁶⁶⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*La fase de ejecución.(Escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación)*), p. 674.

²⁶⁶¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*La fase de ejecución.(Escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación)*), pp. 680-685.; “la inscripción de la sociedad funciona como un presupuesto de aplicación del régimen de la nulidad de la sociedades de capitales”, precisa SÁNCHEZ PACHÓN, L., op. cit. (*Artículo 56. Causas de nulidad*), p. 538.

²⁶⁶² SSTC 58/1995, de 10 de marzo, y 149/2015, de 6 de julio.

²⁶⁶³ STC 20/2012, de 16 de febrero de 2012.

²⁶⁶⁴ SSTC 220/1993, de 30 de junio; 34/1994, de 31 de enero; 20/2012, de 16 de febrero, y 52/2014, de 10 de abril de 2014, entre otras.

²⁶⁶⁵ SSTC 99/1985, de 30 de septiembre; 182/2004, de 2 de noviembre, y 52/2014, de 10 de abril de 2014, como más relevantes.

²⁶⁶⁶ STC 206/1987, de 21 de diciembre.

²⁶⁶⁷ Así SSTC 158/1987, de 20 de octubre; 32/1991, de 14 de febrero, y 133/2004, de 22 de julio.

²⁶⁶⁸ SSTC 60/1989, de 16 de marzo; 114/1992, de 14 de septiembre; y 273/2005, de 27 de octubre.

²⁶⁶⁹ SSTC 294/1994, de 7 de noviembre; 76/1996, de 30 de abril; 179/2003, de 13 de octubre; 312/2006, de 8 de noviembre.

²⁶⁷⁰ STC 103/1996, de 11 de junio.

²⁶⁷¹ Ahora artículo 56.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y según el cual “fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad ni tampoco declararse su anulación”.

²⁶⁷² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*La fase de ejecución.(Escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación)*), p. 686.

²⁶⁷³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*La fase de ejecución.(Escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación)*), pp. 687-688.

²⁶⁷⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*La fase de ejecución.(Escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación)*), pp. 690-691.

²⁶⁷⁵ La Sección 1.26 MBCA “Appeal From Secretary of State’s Refusal to File Document”, señala: “(a) If the secretary of state refuses to file a document delivered to his office for filing, the domestic or foreign corporation may appeal the refusal within 30 days after the return of the document (...). The appeal is commenced by petitioning the court to compel filing the document and by attaching to the petition the document and the secretary of state’s explanation of his refusal to file. (b) The court may summarily order the secretary of state to file the document or take other action the court considers appropriate. (c) The court’s final decision may be appealed as in other civil proceedings”.

²⁶⁷⁶ “ La Sección 14.30 MBCA indica “a) The [name or describe court or courts] may dissolve a corporation: (1) in a proceeding by the attorney general if it is established that: (i) the corporation obtained its articles of incorporation through fraud; or (ii) the corporation has continued to exceed or abuse the authority conferred upon it by law, (2) in a proceeding by a shareholder if it is established that: (i) the directors are deadlocked in the management of the corporate affairs, the shareholders are unable to break the deadlock, and irreparable injury to the corporation is threatened or being suffered, or the business and affairs of the corporation can no longer be conducted to the advantage of the shareholders generally, because of the deadlock; (ii) the directors or those in control of the corporation have acted, are acting, or will act in a manner that is illegal, oppressive, or fraudulent (...) (3) in a proceeding by a creditor if it is established that: (i) the creditor’s claim has been reduced to judgment, the execution on the judgment returned unsatisfied, and the corporation is insolvent; or (ii) the corporation has admitted in writing that the creditor’s claim is due and owing and the corporation is insolvent”.

²⁶⁷⁷ El Comentario Oficial a la Sección 14.30 establece que “Section 14.30(a) provides grounds for the judicial dissolution of corporations at the request of the state, a shareholder, a creditor, or a corporation which has commenced voluntary dissolution. This section states that a court “may” order dissolution if a ground for dissolution exists. Thus, there is discretion on the part of the court as to whether dissolution is appropriate even though grounds exist under the specific circumstances (...). While this power has been exercised only rarely in recent years, this right of the state involves a policing action that provides a means by which the state may ensure compliance with, and nonabuse of, the fundamentals of corporate existence. Section 14.30(a)(1) limits the power of the state in this regard to grounds that are reasonably related to this objective. (...)”.

²⁶⁷⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., op. cit. (*La fase de ejecución.(Escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación)*), pp. 701-702, que afirma “dicho de otro modo: recaída resolución estimatoria de la impugnación, seguirá produciendo la fusión sus efectos propios frente terceros...hasta que en ejecución la sentencia dictada se adopten los acuerdos sociales pertinentes para, deshaciendo los efectos de la fusión, pueda restablecerse en lo posible el statu quo ex ante”.

²⁶⁷⁹ Artículo 57 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; Precisa SÁNCHEZ PACHÓN, L., op. cit. (*Artículo 56. Causas de nulidad*), p. 550, que nuestro legislador se moverá dentro de la regulación de la Directiva europea (...), que parte del reconocimiento de la existencia de la sociedad que es declarada nula, del mantenimiento de la validez de los actos realizados por la sociedad antes de la declaración de nulidad y del sometimiento de la sociedad a la liquidación en la misma forma que la disolución”

CONCLUSIONES

Las principales conclusiones que se extraen del trabajo investigador llevado a cabo en la presente Tesis, son las siguientes:

PRIMERA. La fusión transfronteriza de sociedades anónimas constituye una modificación estructural de sociedades anónimas de diferentes nacionalidades, que produce siempre una reestructuración societaria, pero no necesariamente una concentración económica (las fusiones intragrupo producen una reestructuración societaria pero no una concentración económica, pues ésta ya existía).

Las grandes corporaciones en los sistemas de economías de mercado, y más específicamente en las economías industriales, asumen la forma de sociedad anónima (capitalismo gerencial), siendo las protagonistas por excelencia de las fusiones transfronterizas. La preeminencia económica de esas grandes organizaciones, sociedades anónimas en su forma e instrumentación jurídica, deriva de la implantación definitiva del capitalismo industrial y de la globalización del sistema de economía de mercado, que supuso la estructuración de la mayor parte de la actividad económica mediante empresas privadas que operan en un mercado libre y universalizado.

SEGUNDA. El sistema de economía de mercado globalizado conlleva libertad económica, que junto a la unidad de mercado, determina concurrencia y competencia de los agentes económicos, lo que implica inevitablemente la aplicación del principio de igualdad.

El principio de “libertad de empresa” determina la aplicación del principio de igualdad, como “indiscernibilidad de los idénticos” y es exigencia misma del sistema de economía de mercado globalizado, acreedor de una progresiva unificación jurídica.

TERCERA. Conforme a la filosofía inmanente al “capitalismo financiero global”, el ser más competitivo constituye un elemento de supervivencia empresarial, y por ello el incremento de la productividad se ha convertido en el gran desafío moderno.

Las fusiones transfronterizas de sociedades por acciones o anónimas son un elemento clave para la mejora de la competitividad en nuestros tiempos.

Ello debe enmarcarse en un contexto en el que la desregulación, universalización y globalización son fenómenos íntimamente vinculados, pero lastrados por un sistema jurídico disperso, incoherente cuando no contradictorio, de múltiples ordenamientos jurídicos.

CUARTA. La globalización económica y la universalización cultural conllevan la “deconstrucción” de las normas jurídicas estatales, que pierden su funcionalidad histórica tradicional, y se produce la emergencia del “*Soft Law*” y otras manifestaciones “difusas de juridicidad”.

La supremacía de la ley estatal no es posible en un sistema globalizado, en lo económico, y universalizado, en lo cultural. Produciéndose una inevitable ruptura de la equivalencia de los espacios de *enforcement*. Ningún Estado goza de soberanía global y universal, ni por consiguiente de legitimidad para crear y ejecutar Derecho más allá de su ámbito de soberanía.

Sin embargo, el recurso al *Soft Law* o a otros sistemas de reglas difusos para resolver la problemática del marco regulador de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, no es convincente, ya que se compone de normas “blandas”. Esta circunstancia, a la postre, conllevaría la siguiente paradoja: mientras el fenómeno de la concentración de empresas mediante fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, es un acontecimiento jurídico y económico “fuerte”, las reglas jurídicas para regularla, que pudieran extraerse del *Soft Law* u otros sistemas normativos difusos, serían “débiles”.

Por ello debe utilizarse, para la búsqueda y construcción de un sistema regulatorio de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, un criterio de racionalidad estricta, enmarcado entre metodologías estructuralistas y de teorías de la complejidad. Este sistema deberá tomar como referencia inexcusable, las regulaciones jurídico-positivas existentes y, de entre éstas, aquéllas con mayor implantación por su racionalidad y eficacia, vigentes en el ámbito nuclear de los sistemas de economía de mercado o capitalistas modernos.

La referencia a diferentes regulaciones plantea problemáticas específicas, tanto en los aspectos conceptuales y más generales, como en los procesos o procedimientos más adecuados, garantistas de los intereses concurrentes en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

QUINTA. El estudio científico de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas exige la búsqueda de normas que cumplan con los requisitos de racionalidad, eficacia y vigencia tales que se puedan tomar como “proyectos” o “modelos”.

En materia de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se cuenta con dos normas o instituciones que cumplen material e incluso semánticamente, con los requisitos de “ejemplaridad” o carácter “modélico”. Son la Model Business Corporation Act y la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa las fusiones transfronterizas de sociedades de capital. Éstas deben utilizarse, en una

perspectiva científica o de construcción y análisis del Derecho para la investigación sobre las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

SEXTA. El acercamiento a la “realidad” de la sociedad anónima, y de sus fusiones transfronterizas, se puede concebir en términos “estructurales”, dentro de un determinado “sistema” económico (capitalista o de economía de mercado), lo que justifica la utilización de metodologías estructuralistas. Que presupone un elemento invariante, que conforma parte de la estructura, que es el “mercado” concebido en términos de mercado(s) capitalista(s) moderno(s), teniendo que acudir a los elementos definitorios tanto del tipo sociedad anónima como de la operación de fusión transfronteriza.

Los demás elementos estructurales son la libertad y la igualdad de sus miembros, y que para convivir en una sociedad anónima sus miembros necesitan un proceso que lleve a decisiones de gobierno. Auténticos “ejes estructurales” de ese universo jurídico, y que funcionalmente no pueden disociarse de la “limitación la responsabilidad de los socios”, circunstancia que la sociedad anónima y la globalización del sistema de economía de mercado o capitalista han elevado categoría de elemento característico de las formas asociativas del tráfico mercantil del siglo XXI.

Además caracterizan estructuralmente a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas la transmisión de la totalidad de los activos y pasivos, la existencia de un proyecto o plan aprobado por los socios y la extinción de las sociedades anónimas participantes, menos una, o la creación de una nueva entidad.

SÉPTIMA. La fusión constituye un fenómeno jurídico complejo y complicado. Supone la confluencia e interacción de múltiples variables lo que, en principio, determina entropía o desorganización. La complejidad puede tratarse desde perspectivas lógico-cualitativas., debiéndose diferenciar entre sistemas complicados o complejidad desorganizada, y sistemas complejos o complejidad organizada.

No obstante, en la complejidad organizada que es la fusión transfronteriza de sociedades anónimas existen elementos que la dotan de unidad y que actúan como “atractores complejos”, otorgando a la fusión transfronteriza de simetría constantemente. Ello supone que no obstante los cambios normativos y los diferentes sistemas, los elementos esenciales de la fusión transfronteriza permanecen siempre constantes y con la misma relación entre ellos, lo cual, a su vez, implica que la fusión transfronteriza de sociedades anónimas es un fenómeno único en todos los sistemas jurídicos.

OCTAVA. Una estructura jurídica o complejidad organizada, se compone de elementos homogéneos radicados en normas jurídicas que regulan la sociedad anónima, y que las hace resistentes a la dispersión, de tal manera que existe una organización compleja, una “totalidad organizada”. En ella se puede distinguir lo organizado, las sociedades anónimas, que en su pluralidad se fusionan en el mercado global para volver a la singularidad o unidad, y la actividad organizadora conducente a ese resultado, que se vehiculiza o formaliza en un proceso y procedimiento.

Todo ello se produce y se reproduce, en mayor y menor escala de manera sistemática, lo cual lleva a preguntarse si la fusión transfronteriza de sociedades anónimas es o se comporta, al menos, como un “fractal jurídico”, una vez admitida esta nueva categoría jurídica.

La fusión transfronteriza de sociedades anónimas se puede concebir como un fractal jurídico, una entidad que permanece constante al cambiársele indefinidamente su escala de observación. Es decir, se puede pasar continuadamente de una pluralidad de sociedades anónimas participantes en una fusión transfronteriza a la unidad de la sociedad anónima resultante sin alteración de sus elementos esenciales, mediante un patrón repetitivo jurídico (que sería la propia estructura de la sociedad anónima). Si la sociedad resultante no fuera anónima, ello supondría la concurrencia de un elemento extraño adicional que implicaría o constituiría una transformación —explícita o implícitamente— y que, por ello, impediría la calificación de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas de “fractal jurídico”.

NOVENA. La vocación de empresa global de la sociedad anónima se justifica históricamente como instrumento fundamental en la expansión de los efectos económicos y sociales del capitalismo, constituyendo las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas un elemento natural y no extraordinario o excepcional del sistema de economía de mercado. Por ello, las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas tienden a producirse y se produjeron en sucesivas “olas” u “oleadas” que son más que una mera indicación histórica sin transcendencia económica y financiera, un elemento característico de las fases expansivas de los ciclos macroeconómicos.

Desde la década de 1980 las fusiones internacionales o transfronterizas de empresas han devenido en una parte central, habitual y creciente del sistema de economía de mercado. Es a partir de finales de la década de 1990 cuando se produce un desarrollo extraordinario de las fusiones transfronterizas de sociedades por acciones o anónimas.

DÉCIMA. El desarrollo tecnológico contribuyó de manera decisiva a la globalización económica, y al propio tiempo a la explicación de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

Aunque la transferencia del control corporativo ha sido históricamente problemática, la explicación más plausible acerca de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se vincula a la producción de cambios tecnológicos, constituyendo instrumentos de reestructuración “ad hoc”.

UNDÉCIMA. La explotación de las ineficiencias del mercado contribuye a la explicación de las sucesivas “oleadas” de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, en la medida en que se llevan a cabo mediante apelaciones a las insuficiencias de las valoraciones que el mercado efectúa de las empresas que se pretenden fusionar, que se explotan por quienes se ocupan de la dirección de las sociedades anónimas recurriendo a la oportunidad de determinadas fusiones.

Pero también el interés de los directivos por mantener la independencia de la gestión de la empresa de la que son titulares las sociedades anónimas, contribuye a explicar las oleadas de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, pudiendo ocultar problemas de cultura empresarial, de liderazgo y de continuidad en las altas retribuciones de retribuciones de ejecutivos y superejecutivos.

Se ha querido asociar el fenómeno de las oleadas con los fenómenos de expansión económica y de recesión de los diferentes sectores de la economía, de tal manera que cuando el momento económico de un determinado sector económico es de expansión se produce una oleada de fusiones. La explotación de las economías de escala y la evolución de los precios de los servicios prestados o de los bienes producidos explicarían las diferentes oleadas de fusiones en ese sector de la actividad económica.

Dado que el número de empresas y de sus titulares sociedades anónimas que pueden ser absorbidas no es infinito, las sociedades anónimas que pretendan absorberlas en el mercado global han de plantearse una determinada estrategia o la fusión a de obedecer a una concreta estrategia de mercado. Adicionalmente, consideraciones no estratégicas contribuyen también a la explicación de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas porque al acentuarse las asimetrías, las fusiones se vuelven más rentables.

Asimismo la obtención de mejoras funcionales contribuye a la realización de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, dependiendo su éxito de la gestión de la estrategia, la gestión de la transacción, y la gestión de la integración.

DUODÉCIMA. La adecuación al mercado global contribuye a explicar la emergencia de fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Mediante las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se pretende adecuar las empresas a las exigencias de un mercado mundializado. Esto no se desmiente por la posible utilización del tipo de la sociedad anónima con finalidades no económicas. El aumento de los ingresos y la reducción de los

costes constituyen finalidades comunes a cualquier fusión transfronteriza de sociedades anónimas. Constituyen “sinergias” cuya valoración no siempre es fácil, requiriendo de una previa valoración de la empresa, al tratarse, en términos económicos, de una modalidad específica de enajenación de empresas.

Mediante las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas también se persiguen finalidades económicas concretas como son las adquisiciones de empresas, la cooperación y reagrupamientos de empresas, fenómenos de integración económica tendentes hacia el fortalecimiento de las empresas y hacia nuevas organizaciones de la actividad económica, la filialización, la reorganización dentro de grupos de empresas, el saneamiento de empresas, la racionalización de la producción y exigencias de la competencia, la eliminación de sobrecapacidades, la creación de condiciones adecuadas para la promoción de un mercado, salidas estratégicas a situaciones de presión financiera o la obtención de recursos financieros que permitan emprender proyectos I+D+i más arriesgados y ambiciosos.

DÉCIMOTERCERA. Las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas pueden constituir una concentración que se produce cuando dos o más sociedades anónimas (empresas), anteriormente independientes y de diferentes nacionalidades, se fusionan en una nueva sociedad anónima (empresa), y dejan de existir como entidades jurídicas diferenciadas, o cuando una o más sociedades anónimas (empresas) es o son absorbida(s) por otra sociedad anónima (empresa), manteniendo la absorbente su personalidad jurídica mientras que la(s) absorbida(s) deja(n) de existir como tal(es). Por ello deben diferenciarse de las fusiones de iure de las de facto.

Las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, en cuanto que constituyan concentraciones de empresas, pueden producir efectos contrapuestos, favorables o nocivos, para la competencia. El principio de economía de mercado abierta con libre competencia y las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, exige que exista una competencia efectiva entre los oferentes de bienes y servicios en el mercado con objeto de reasignar los recursos de la manera más efectiva posible. La libre competencia constituye un principio rector del mercado y se vincula a la libertad de empresa. Las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas pueden resultar contrarias al principio de una economía de mercado abierta con libre competencia. Desde su inicio los *merger movements* estuvieron acompañados de la legislación antimonopolio norteamericana.

Se ocupan de resolver la problemática de las concentraciones normas emblemáticas en el sistema de economía de mercado globalizado, como el Reglamento (CE) nº 139/2004, Reglamento comunitario de concentraciones, la Sherman Act o Sherman Antitrust Act (1890) y la Clayton Act o Clayton Antitrust Law (1914).

DÉCIMOCUARTA. La preeminente vocación hacia la empresa de la sociedad anónima, y su característica orientación a la consecución del interés social, son manifestaciones de la maximización de la creación de valor de la empresa de la que es titular la sociedad anónima y, consecuentemente, también de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, respondiendo a las exigencias del buen gobierno corporativo.

Las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas crean valor porque constituyen un procedimiento óptimo para la total racionalización de los procesos económicos (sinergia de la fusión), haciendo a la empresas más competitiva en la medida en que se reducen los costes de producción y fiscales. El “efecto sinérgico” que provocan las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se vincula a la idea de máxima creación de valor posible, que se procura exigir porque es su objetivo primigenio y común, en términos económicos, a otras operaciones de reestructuración empresarial.

No obstante, en la medida en que mediante las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas se buscan objetivos no económicos, sino de otra naturaleza, como por ejemplo geopolíticos, las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas no crean, sino que incluso pueden llegar a destruir valor.

DÉCIMOQUINTA. La ordenación jurídica del sistema-mundo está en crisis, pero la preeminencia de la cultura Europea, basada en el racionalismo, su extensión y asimilación por doquier, justifica que se acuda a sus principales creaciones jurídicas para reordenarlo.

La cultura europea tiene capacidad creadora de normatividades ajustadas al paradigma científico, siendo exportadora de normatividad en esta era global, con potencialidad normativa o reguladora global. Sus reglas, con indudables trascendencia extraterritorial, contribuyen a la gobernabilidad de la sociedad global.

En la propia Europa, se produce una interacción de ordenamientos jurídicos nacionales y se regulan los llamados “pasos de frontera” como principio metódico para su compatibilización. Lo cual es incontestable y esencial a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas. Así se produce la articulación del macroconcepto (*shelter concept*) o supraconcepto (*oberbegriff*) de “fusión transfronteriza de empresas (sociedades anónimas)”, que se inserta en una gran estructura (organización) jurídica regional (la Unión Europea), que cuando asume dimensión mundial determina la concurrencia de multitud de normativas e instituciones jurídicas, formales e informales, provenientes de diferentes ordenamientos y sistemas jurídicos, siendo preciso establecer el orden de concurrencia y pertinencia de cada ordenamiento y sistema y de todas en su globalidad.

DÉCIMOSEXTA. La realidad mundial actual pone de manifiesto que la existencia de un orden jurídico cosmopolita es una aspiración.

La inmensidad del mundo, hace imposible tomar en consideración todas las normas nacionales existentes, por singulares que nos parezcan, en torno al fenómeno de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas o empresas semejantes y asimilables a sociedades anónimas, así como la inutilidad de pretender obtener cualquier inferencia de semejante marasmo normativo, obligando a buscar otro criterio con el que intentar llegar a resultados útiles, sin quedarse en un mero relato, inabarcable e inseguro, de diferentes normas.

Razones pragmáticas y de sólida fundamentación en la teoría empiriocrítica del Derecho, fundamentan la solución consistente en tomar como referente aquellas normas que han servido como modelo, voluntario o necesario, para las regulaciones de los países desarrollados, y que efectivamente han tenido semejante impronta. Actuándose mediante ellas, a modo de un “programa Langlands” que pudiera servir de “teoría de la gran unificación” del derecho de fusiones transfronterizas, tejiendo una telaraña de conexiones entre aquellos sistemas y conjuntos normativos, con fundamento en una reinterpretación del principio de simetría.

Entre tales conjuntos normativos se puede constatar una evidente semejanza, práctica identidad, de contenidos regulatorios, más allá de diferencias semánticas, lo cual a la postre no es sorprendente si se tiene en cuenta que se asientan en, regulan a y obedecen al mismo sistema económico, el de economía de mercado o capitalista, ya global.

Las normas que se deben y pueden utilizar como tales elementos o referentes normativos y reguladores (formalismo moderado) de los sistemas aludidos, son la Model Business Corporation Act y la Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, que se constituyen como “contextos de producción” (normativa modelo o primaria), frente a las regulaciones estatales que se constituyen en “contextos de recepción” (normativa de aplicación y desarrollo).

DÉCILOSEPTIMA. La noción de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, es deudora del concepto general de fusión, cuya normativa general se le aplica, en los sistemas ejemplares citados, supletoriamente respecto de la normativa específica de fusiones transfronterizas.

Habrá que partir de la idea de que la fusión supone la agrupación de varias sociedades en una sola, que reúne patrimonios y, normalmente, socios de las demás y que desaparecen tras la operación. Tanto la delimitación subjetiva (con diversidad de nacionalidades) de la fusión (transfronteriza) como sus efectos y el proceso mismo de fusión contribuyen de manera decisiva a construir aquel concepto.

Considerando las definiciones procuradas en las normas ejemplares y en las de recepción, así como las nociones doctrinales que en ellas se sustentan, puede darse un concepto, más descriptivo que sintético de fusiones transfronterizas.

Así, se puede afirmar que fusión transfronteriza de sociedades anónimas es aquella operación, de naturaleza contractual, mediante la cual una o varias sociedades por acciones o anónimas, de diferentes nacionalidades, regularmente constituidas conforme a la legislación nacional a la que estén sujetas, transfieren a otra sociedad ya existente (la sociedad absorbente), o constituida por ellas (la nueva sociedad), que les sucede y asume la condición de empleador respecto de los trabajadores de las sociedades que se fusionan, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación y extinción, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios, bien de acciones de la sociedad absorbente, o de la sociedad de nueva creación, bien de otros intereses, obligaciones, otros valores, derechos de contenido patrimonial o efectivo, o bien de una combinación de cualesquiera de ellos, salvo que la sociedad absorbente ya posea la totalidad de sus acciones.

DÉCIMOCTAVA. En la determinación de la naturaleza jurídica de la fusión se han mantenido diferentes tesis, tratándose de posiciones consecuentemente trasladables a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

Tanto la Directiva 2011/35/UE, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, como la Directiva 2005/56/CE, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, aluden en sus definiciones de “fusión”, a que ésta constituye una “operación”. La referencia de aquellas normativas a “operación” se compadece bien con la idea de “proceso” y de “procedimiento”. Pero no supone un alejamiento del paradigma contractualista, sino acudir a la idea de la formación sucesiva del contrato, mediando un determinado procedimiento, con una remisión a lo que acaezca en cada una de las fases de ese procedimiento, que condicionarán, conforme a un principio de libertad, ejemplarizado especialmente en la Model Business Corporation Act, el resultado convencional.

Proceso y procedimiento de fusión, por una parte, y negocio, contrato o convenio de fusión, por otra, no se confunden, por más que el primero se resuelva en el segundo, que configura el resultado obediente un propósito común. Aquel negocio, convenio o acuerdo al que aboca el procedimiento de fusión, es demandado para justificar especialmente tanto los efectos traslativos patrimoniales e incorporaciones, en su caso, de socios, como los efectos extintivos de las sociedades participantes. Ese negocio, convenio o acuerdo no está nítidamente delimitado normativamente. Por ello, debe diferenciarse en relación con dicho convenio, el momento en el que cada una las sociedades participantes en la fusión quedan vinculadas y la posibilidad de abandono de la fusión, y el momento en que se producen los efectos de la fusión, que se reconducen al momento de la inscripción registral, archivo o depósito de la escritura o documento de fusión.

El acuerdo, negocio o convenio de fusión (“*agreement of merger*”) se concluye mediante un proceso y atendiendo a un procedimiento predeterminado como medio de formación del contrato, acuerdo o negocio de fusión (“*plan of merger*”), que es consecuente con la idea de

“estructura del negocio jurídico” y de “modificación estructural”. El hecho mismo de la existencia de un “proceso”, con diversidad de procedimientos, de fusión es consecuente con el concepto de negocio de formación sucesiva, que no se concluye de forma instantánea, por más que pueda simplificarse extraordinariamente.

DÉCIMONOVENA. El elemento clave de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas es la idea de integración, de tal manera que dos o más sociedades se unifican en una sola. Ella misma se constituye en una de sus notas, a su vez de la idea de integración se derivan otras notas esenciales, pero ni ella misma ni las demás notas esenciales se confunde con su naturaleza jurídica o con sus efectos jurídicos, específicos, por más que se diga que aquella conllevará o implicará determinadas consecuencias jurídicas. Es consecuencia natural de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas que la(s) sociedad(es) anónima(s) absorbida(s) deje(n) de existir (fusión por absorción) o que las sociedades anónimas que se fusionan dejen de existir (fusión por constitución de una nueva sociedad).

No puede ser “ $A \wedge \neg A$ ”, esto es, “ $\neg(A \wedge \neg A)$ ”, bajo la excusa de que el lenguaje sea técnico-jurídico o usual, racionalmente se proscribe fusión y no fusión; fusionarse y no fundirse, fusionarse y no unirse; fusionarse y no juntarse, fusionarse y no mezclarse, fusionarse y no hacer un todo, fusionarse y no integrarse. Tampoco es posible que “una sociedad viva en otra y subsista, como tal en el seno de la misma”, ello sería contrario al principio de identidad, “ $A \rightarrow A$ ”, “ $A \leftrightarrow A$ ”.

En la fusión transfronteriza de sociedades anónimas se produce siempre y necesariamente una modificación estructural por integración de empresas, con sucesión universal, mediante un proceso y procedimiento de fusión, generándose continuidad económica, con aplicación del principio de empresa en funcionamiento y sucesión laboral. Existiendo continuidad de la condición y equivalencia de la posición de socio o reconocimiento del derecho a su contrapartida, con derecho de separación, en su caso, del socio disidente, y es consustancial a la misma la presencia del elemento extranjero.

VIGÉSIMA. La sucesión universal se concibe y aparece en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas como una consecuencia del fenómeno integrativo en que consiste.

Ello no significa que el fenómeno sucesorio universal sea una característica exclusiva de aquellas fusiones, sino que es común a otras operaciones mercantiles que se ubican bajo la caracterización de modificaciones estructurales societarias.

No obstante, es cierto que la fusión represente el estado o grado más elevado de concentración, afectando a todas las relaciones jurídicas, tanto activas como pasivas, del patrimonio de la(s) sociedad(es) que desaparece(n), incluida(s) la(s) empresa(s), por lo que la sociedad resultante puede continuar su explotación. Se transmiten todas las relaciones

existentes a la fecha de la operación (activo y pasivo), por sucesión a título universal (*in universum ius*).

Incluso las deudas que están “*in statu nascendi*” en el momento de la fusión se transmiten a la sociedad absorbente resultante. Lo cual se corresponde y contrapesa por la circunstancia de que la sociedad anónima absorbente o resultante, también adquiere todo el patrimonio activo, es decir, no sólo los derechos que pueden ejercitarse en el momento de la fusión, sino también las expectativas de un crédito futuro (*spes debiturum iri*) y los derechos que nazcan después de la inscripción de la fusión.

La fusión supone la disolución sin liquidación de las sociedades que se fusionan, lo cual supone la transmisión de la sociedad absorbida o de las sociedades que se extinguen, en su conjunto, sin que se produzca la extinción de obligaciones que habría ocasionado la liquidación. El riesgo de que la sociedad absorbente o de nueva creación, no tenga conocimiento de los elementos del pasivo de la sociedad absorbida en el momento de la fusión, determina que, en la práctica, los acuerdos y contratos de fusión suelen contener una cláusula de manifestaciones y garantías, *representations and warranties*, a favor de la sociedad absorbente o de nueva creación.

VIGÉSIMOPRIMERA. Cualquiera que sea la clase de fusión, ésta se constituye como un proceso, que se puede desenvolver mediante diferentes procedimientos, cuya característica es la imperatividad, y cuyos efectos son tales que deviene en elemento constitutivo de la noción misma de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, que está íntimamente ligado al fenómeno de integración patrimonial y personal universal que produce la fusión, pero del que se puede diferenciar analíticamente.

Como tal proceso es una serie o sucesión de actos, lógica y razonablemente ordenados, que constituye el presupuesto de la eficacia caracterizadora de (tales) reestructuraciones societarias, y reúne las características de complejidad, en cuanto que se desenvuelve en un conjunto de fases con una duración temporal que se orienta en un “ir hacia adelante”, hacia una finalidad concreta.

El proceso y los procedimientos, son consecuentes con el carácter corporativo de las entidades participantes. La importancia del proceso en la delimitación conceptual de la “fusión” es tal que, en una perspectiva funcionalista, la fusión transfronteriza de sociedades anónimas no es solo un resultado sino un proceso, que dota de unidad sistemática al concepto mismo de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, lo que no impide que se pueda desenvolver en pluralidad de procedimientos.

El fenómeno de la fusión es, autónomo y unitario y, por tanto, homogéneo. El proceso, a través del oportuno procedimiento, dota a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas de su unidad característica, ajustada a su efecto integrador y sucesorio universal. Por ello aquel proceso y procedimientos no se confunden ni pueden pretender identificarse con los

de constitución de sociedades anónimas o de modificación de los estatutos sociales. Es un elemento esencial y característico, que dota de autonomía a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, por lo que ha de estar siempre presente. En otro caso no habrá fusión.

Al ser corporaciones las sociedades anónimas en sus fusiones transfronterizas se da concurrencia de procedimientos, el propio de la fusión transfronteriza y los correspondientes y necesarios para la conformación de la voluntad y funcionamiento de la organización societaria. Pero no se confunden, por más que aparezcan, en ocasiones, no solo aludidos sino entremezclados en determinadas regulaciones jurídico-positivas.

VIGÉSIMOSEGUNDA. Los aspectos relativos a los controles de legalidad y registrales están presentes, con más o menos intensidad, en todas las legislaciones. No obstante no deben confundirse con el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas. Son sustantivamente diferentes, y analíticamente deben diferenciarse. El proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas se debe incluirse en el ámbito del Derecho y la razón, y los controles de legalidad y registrales deben incluirse en el del poder asimétrico del Estado.

Un tribunal, notario o cualquier otra autoridad es el/la competente para controlar la legalidad de la fusión transfronteriza en la parte correspondiente del procedimiento y, cuando proceda, de la constitución de una nueva sociedad resultante cuando esta sociedad esté sujeta a su legislación nacional.

La inscripción registral o el archivo o depósito, material y cronológicamente, constituye el último paso del proceso de fusión y con ella se despliegan los efectos específicos o “*ipso iure*” de la misma.

No obstante, ni el control de legalidad ni los sistemas de registro o archivo deben considerarse elementos esenciales de las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, sino costes de transacción, por más que añadan seguridad jurídica. Ha de relativizarse el carácter constitutivo de la inscripción registral o del archivo, de tal manera que, no obstante sus trascendentales efectos, las fusiones que no se inscriben no por ello dejan de existir, lo que no se opone a que en la fusión transfronteriza de sociedades anónimas estas hayan de estar regularmente constituidas.

VIGÉSIMOTERCERA. La fusión conlleva continuidad económica, que precisamente se consigue utilizando los mecanismos de la sucesión universal y “sucesión de empresa”, admitiéndose la fusión transfronteriza de sociedades anónimas en liquidación.

La “sucesión de empresa” implica, al menos, la transferencia de los contratos de trabajo y las relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza a la sociedad resultante (sociedad absorbente o sociedad de nueva creación) en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto, es esencial para que se produzca el efecto de continuidad económica. La transmisión de la posición de empleador, respecto de cada contrato de trabajo y relación laboral derivada del mismo, a la sociedad (empresa) absorbente o a la sociedad (empresa) de nueva creación, es incondicionada y opera “ope legis” o “ministerio legis” en la fecha de efectos la fusión (transmisión).

Las peculiaridades históricas del modelo de relaciones laborales anglosajón y de los modelos continentales se han ido diluyendo con el transcurso el tiempo, y con la globalización del sistema de economía de mercado o capitalista se han ido homogeneizando, de tal modo que en las relaciones de trabajo modernas ambos pivotan sobre un triple nivel conformador de los contenidos de la relación laboral. No obstante, habida cuenta de la falta de una remisión o regulación específica en Model Business Corporation Act, relativa a las vicisitudes de las relaciones laborales existentes en las empresas-sociedades anónimas que se fusionan, básicamente su permanencia o extinción, es aconsejable seguir la regulación establecida en la Unión Europea, que es completa y goza de una característica “universalidad” sin por ello desconocerse la aplicabilidad del convenio OIT n° 158.

La sucesión de empresa o laboral que se opera en las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, es más restrictiva que la sucesión patrimonial universal, habida cuenta de los criterios establecidos jurisprudencialmente, al deberse haberse producido la transmisión de una entidad económica organizada de forma estable, en los términos y con los requisitos establecidos por una relevante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

VIGÉSIMOCUARTA. La circunstancia de que la condición y posición del socio o accionista de las sociedades anónimas que se fusionan, se incorpore a la sociedad absorbente o a la sociedad de nueva constitución, resultado de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, ha de combinarse con el reconocimiento del derecho a su contrapartida.

La continuidad de la posición de socio que se ostentaba en la sociedad absorbida o extinguida, en la sociedad absorbente o de nueva creación, se corresponde con la idea del socio-partícipe, que se parifica con la idea del socio-inversionista, reciente desde el punto de vista histórico, pero tan legítima como la anterior desde el análisis racional y estructural de las corporaciones, que exige el reconocimiento del derecho a la contrapartida.

Existen sólidos argumentos para sustentar que los socios de las sociedades anónimas que se extinguen en el proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, han de pasar a

ser socios de la sociedad resultante de la fusión. Igualmente de contundentes son los argumentos que se pueden aducir para sostener que el accionista tiene derecho a obtener, de la sociedad resultante de la fusión la “contrapartida” de su posición inversora.

En una posición pragmática se han procurado conciliar ambas perspectivas pero su resultado no ha sido irreprochable.

VIGÉSIMOQUINTA. La concurrencia del elemento extranjero determina, de manera decisiva, la calificación de la fusión de sociedades anónimas como transfronteriza, con independencia de que se trate de sociedades con nacionalidad de alguno de los países miembros de la Unión Europea o extraños a ella.

La Sociedad Anónima Europea (*Societas Europaea*), constituida mediante fusión, es un ejemplo característico y singular al propio tiempo, teniendo un específico carácter europeo con sentido supranacional.

La determinación de la ley aplicable (*lex societatis*), es problemática, con soluciones diferentes según los distintos ordenamientos jurídicos.

La Sociedad Anónima Europea puede constituirse mediante fusión por absorción o por constitución de una nueva sociedad, con la peculiaridad esencial de que las sociedades preexistentes que participan en la fusión han de ser sociedades anónimas nacionales, o Sociedad Anónimas Europeas, dependientes, al menos de dos ordenamientos estatales diferentes de la Unión Europea. Su carácter definitorio relevante se manifiesta en la implicación de los trabajadores y, en todo caso, en la modulación significativa de sus derechos de participación.

VIGÉSIMOSEXTA. En la fusión transfronteriza de sociedades anónimas se plantea, de manera acusada, la problemática de los grupos de sociedades.

Los administradores de cada una de las sociedades anónimas que componen el grupo, en principio deben velar por los intereses de la(s) sociedad(es) que administren, lo cual puede compaginarse o no con los intereses del grupo, si bien, por lo general, no serán plenamente coincidentes.

La exigencia de que las sociedades que participan en una fusión transfronteriza de sociedades anónimas tengan atribuida personalidad jurídica parece impedir, en principio, que los grupos y subgrupos de sociedades anónimas, en cuanto tales, puedan llevarla a cabo, por más que puedan considerárseles relevantes jurídicamente a determinados y concretos fines o efectos.

Cuestión diferente son las fusiones intragrupo, que tienen regulación específica y reconocida, generalmente, con la diferenciación básica entre la absorción de sociedades íntegramente participadas, participadas al 90% o más pero no totalmente, y las fusiones gemelares.

La presencia del grupo genera interferencias en la tutela de los derechos de los acreedores de tal magnitud que altera fundamentalmente aquellos mecanismos de protección. La cuestión se reside en el pago o garantía del pago de las deudas de la dominada por la sociedad dominante y puede determinar la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”.

VIGÉSIMOSÉPTIMA. El proceso de fusión se desenvuelve mediante diferentes procedimientos, que se pueden ordenar en un procedimiento general, un procedimiento simplificado, y el procedimiento de constitución de la Sociedad Anónima Europea.

En todo proceso de fusión, que no sea intragrupo, existe un momento o fase preliminar, preparatoria o previa, que es anterior a la redacción y suscripción del proyecto común de fusión. Mediante el acuerdo preliminar se decide proceder a una determinada fusión transfronteriza de sociedades anónimas y se inicia el procedimiento de fusión transfronteriza de sociedades anónimas. En esta fase ha de diferenciarse entre tratos preliminares, incluyendo cartas de intención y acuerdos preliminares sin eficacia obligatoria, y precontratos, o entre “acuerdos preliminares que tienen por objeto únicamente la negociación” y “acuerdos preliminares de términos abiertos”.

La fase preliminar o previa no forma parte de los procesos normados o reglados de fusión, pero al estar sustantivamente vinculada al mismo, debe considerarse integrada en el proceso de fusión. La fase preliminar en alguna medida anticipa los efectos y consecuencias de la fusión.

Los tratos preliminares pueden consistir en conversaciones o negociaciones, con manifestaciones escritas, redacción de proyectos, minutas o borradores, de los que se deriva efectos jurídicos de manera inmediata. Durante esa fase, bajo la égida de ese principio de buena fe, existen deberes de cooperación, de lealtad, de negociar de buena fe, de suministrar determinadas informaciones veraces, de protección de la información proporcionada, deberes de confidencialidad o de no dar publicidad a determinadas cuestiones, así como el deber de mantener una conducta coherente o, al menos, no contradictoria. Mediante la facilitación de información, especialmente a través de la *due diligence*, se accede a información sensible, secretos industriales y know how, lo cual supone la vinculación del deber de información con el deber de confidencialidad

Esas actuaciones posteriormente se concretan y plasman en “cartas de intenciones” que cuando es compartida por aquellos a los que va dirigida, o se bilateraliza, se produce una relativa “contractualización” de las negociaciones preliminares. Entonces se hace suele

hacer referencia a memorandums (*Memorandum of Understanding* o *Heads of Agreement*) o protocolos de fusión.

Se origina un deber de negociar para aquella sociedad anónima que se ha involucrado en un proceso de fusión transfronteriza y se producen daños resarcibles en caso de incumplimiento de los deberes inherentes a la fase preliminar, y a la ruptura injustificada o abrupta de las negociaciones, que comprenden el interés negativo y el lucro cesante. Pudiéndose incidir en conductas constitutivas de violación de secretos, uso ilícito de información privilegiada y manipulación de mercados.

VIGÉSIMOCTAVA. La fase preliminar desemboca naturalmente en la elaboración de un proyecto común o plan de fusión transfronteriza.

La naturaleza jurídica del proyecto “común” o plan de fusión transfronteriza de sociedades anónimas es la de un negocio jurídico de intercambio o contrato. Se diferencia así de los acuerdos sociales y de otras relaciones jurídicas que pueden también generar derechos y obligaciones. La naturaleza contractual del proyecto o plan de fusión no impide que su eficacia vinculatoria de las partes, o actualidad, este sometida, en caso de que haya de ser aprobado por la Junta general de accionistas, a que se produzca esa circunstancia que opera modo de *condictio iuris*, en la medida en que se puede considerar como un presupuesto fáctico o jurídico, determinado legalmente, que es indispensable para que aquel negocio jurídico sea eficaz jurídicamente respecto de la vinculación de las partes, por más que todavía no se despliegan los efectos característicos de la fusión. Para ello se necesitará algo más, la documentación del acuerdo, en su caso en un instrumento específico, y la inscripción o archivo o depósito oficial del mismo.

La elaboración del proyecto “común” o plan de fusión transfronteriza de sociedades anónimas corresponde en exclusiva de los administradores, actuando una competencia propia que es necesaria para que se lleve a cabo el proceso mismo de fusión. Sin embargo, la intervención de la Junta General de accionistas no siempre es necesaria, por más que tenga atribuida normalmente la competencia para decidir sobre la fusión transfronteriza de sociedades anónimas. Se establece un contenido mínimo del proyecto común de fusión al que se pueden añadir otros contenidos, que también debe ser conocido por todos los accionistas de todas las sociedades participantes en la fusión.

VIGÉSIMONOVENA. El apalancamiento de una fusión supone que para llevarse a cabo se dispone de una cantidad significativa de dinero prestado (bonos o préstamos) para satisfacer su costo utilizándose, frecuentemente, los activos de la sociedad absorbida como garantía para los préstamos, además de los activos de la sociedad absorbente, lo cual determina que la estructura inicial del capital de la sociedad absorbida sea fundamentalmente deudas.

El apalancamiento puede llevarse a cabo mediante la utilización de una sociedad creada *ad hoc*. Al procurarse mediante el apalancamiento una operación altamente especulativa, pueden surgir problemas de endeudamiento y solvencia, lo que ha determinado la emergencia de regulaciones concretas, prestándose especial atención a la vinculación del apalancamiento con la posible existencia de asistencia financiera.

TRIGÉSIMA. Hasta que se adopta el proyecto común de fusión, se está en trance de negociación, por lo que éste podrá ser modificado en los términos, condiciones y con las consecuencias indicadas en los apartados referidos a los tratos preliminares. El órgano de dirección o de administración de una o de varias de las sociedades que intervienen en la fusión no puede modificar el proyecto común de fusión o en la modificación han de respetar ciertos contenidos.

Así, no pueden modificarlo (o pueden hacerlo con las limitaciones comentadas) actuando de consuno los órganos de dirección o de administración de todas las sociedades participantes en el proyecto de fusión si ya ha sido depositado en el Registro Mercantil/publicado en la página web, y comunicado a los accionistas (o simplemente aprobado por éstos).

No obstante, si el propio proyecto dispone que puede ser modificado por aquellos órganos, sí podrán modificarlo, siempre que se lleve a cabo en los términos previsto por la cláusula que autorice la modificación, y que no suponga la eliminación de alguno de los requisitos mínimos o funcionalmente necesarios, y, en principio, intervengan o den su consentimiento a la misma los miembros de los órganos de dirección o de administración de todas las sociedades participantes en el proyecto de fusión. Además de la condición, el proyecto de fusión y la fusión misma pueden estar sometidos a un término legal o pactado.

El abandono de la fusión o separación del proceso de fusión de alguna(s) de las sociedades participantes en el proceso de fusión por decisión de los órganos de dirección o de administración, es posible en determinados sistemas incluso después de que haya aprobado el proyecto común de fusión, pero antes de que ésta produzca sus efectos con el registro, depósito o archivo de la misma.

Parece razonable posibilitar una salida ordenada del procedimiento de fusión, bien mediante el pacto de cláusulas específicas de descuelgue, o la redefinición subjetiva de la fusión en el propio proyecto de fusión, mediando determinadas circunstancias, o incluso discrecionalmente.

En todo caso el abandono estará sujeto a las obligaciones reparatoras o indemnizatorias pactadas (cláusulas penales), consecuentes con lo previsto el proyecto de fusión, o que se deriven del abandono.

TRIGÉSIMOPRIMERA. La publicidad del proyecto de fusión transfronteriza de sociedades anónimas puede considerarse desde una doble perspectiva. Desde una perspectiva general, registral o telemática y desde una perspectiva societaria, todo ello sin dejar de considerar su transcendencia en orden al procedimiento mismo de fusión.

El proyecto de fusión ha de ser objeto de depósito o publicación mediante la página web, salvo que se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la fusión, en junta universal y por unanimidad. En otros sistemas el proyecto o plan de fusión, tras ser adoptado, únicamente ha de ser notificado a los accionistas para su aprobación.

El proyecto de fusión debe ser objeto, generalmente, de unos característicos y determinados informes. El “Informe de los órganos de dirección o administración” y el “Informe pericial independiente”. Aunque ambos se conciben como instrumentos de tutela de los terceros, están caracterizados por una tensión entre su necesidad y su contingencia. En otros sistemas el órgano de administración debe transmitir a los accionistas su recomendación para la aprobación del mismo, o advertir y justificar por qué no puede recomendarlo.

El proyecto de fusión se acompaña de un estado contable o balance de fusión. Este documento tiene una relevancia informativa contable mínima. No es un documento de cierre de la contabilidad y despliega una función puramente informativa a favor de los socios, exclusivamente, cumpliendo una función propia de un estado contable intermedio, por lo que debe elaborarse como documento ad hoc, cuando las últimas cuentas anuales por su cierre, tienen una antigüedad mayor de la debida. La circunstancia de que pueda serlo el último balance de ejercicio aprobado, pudiendo tener que elaborarse un balance específico de fusión, no desdice las afirmaciones anteriores. Es discutible su funcionalidad en relación con la fijación del tipo de canje. La función informativa del balance de fusión parece limitarse a los socios, no obstante en nuestro ordenamiento expresamente se reconoce el derecho de terceros a ser informados del balance de fusión. En otros sistemas, sin embargo, no se exige la existencia de tal estado contable.

TRIGÉSIMOSEGUNDA. El certificado previo y el control de legalidad de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, tienen una importancia sobresaliente en la Unión Europea.

Cada Estado miembro designará al tribunal, notario o cualquier otra autoridad competente para controlar la legalidad de la fusión transfronteriza para la parte del procedimiento relativa a la realización de la fusión transfronteriza y, cuando proceda, a la constitución de una nueva sociedad resultante de la fusión transfronteriza cuando esta sociedad resultante de la fusión transfronteriza esté sujeta a su legislación nacional.

Esa autoridad controlará en especial que las sociedades que se fusionen hayan aprobado el proyecto común de fusión transfronteriza en los mismos términos y, en su caso, que las

disposiciones relativas a la participación e implicación de los trabajadores se hayan establecido de conformidad con lo dispuesto en aquella misma normativa comunitaria.

El cumplimiento de aquellos requisitos se acreditará mediante la remisión del certificado emitido por la autoridad nacional respectiva, que demuestre de forma concluyente la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión, por cada sociedad que se fusione, a la autoridad competente del estado cuya ley se aplique a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, así como el proyecto común de fusión transfronteriza aprobado por la junta general, en su caso. Requisitos que también podrían ser exigibles, por remisión, cuando la fusión no esté sujeta a la legislación de la Unión Europea pero uno de los intervinientes sí esté sujeto a la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea.

TRIGÉSIMOTERCERA. Es criterio general que sólo después de haber tenido conocimiento de los informes del órgano de dirección o de administración y de los expertos o peritos, la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen se pronunciará o decidirá sobre el proyecto común de fusión transfronteriza.

Esta decisión se referirá a la aprobación del proyecto de fusión y, en su caso, a las modificaciones de los estatutos que necesite su realización, requiriendo al menos la aprobación de la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen, adoptado por acuerdo de determinadas mayorías. Cuando existan varias categorías de acciones, también requerirá una votación por separado, al menos, para cada categoría de accionistas a cuyos derechos afecte la operación. Aquel acuerdo es de contenido complejo, pronunciándose sobre las menciones del proyecto de fusión, y para el supuesto de creación de una nueva sociedad, sobre las que resulten necesarias para constituir la. Eventualmente también se requerirá también el consentimiento de otros sujetos respecto del mantenimiento de determinados derechos y el cumplimiento de precisas obligaciones.

Las modificaciones importantes del activo o del pasivo acaecidas en cualquiera de las sociedades que se fusionan, entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la de la reunión de la junta de socios que haya de aprobarla, han de comunicarse a la junta de todas las sociedades que se fusionan. No pareciendo que cualquier alteración, por nimia que sea entre dentro de esa previsión. Para poder apreciarla habrá de acudirse al principio de “importancia relativa”.

Cuando una fusión transfronteriza por absorción sea realizada por una sociedad que posea todas las participaciones y todos los demás títulos que confieran derechos de voto en la junta general de la sociedad o sociedades absorbidas, o que posea el 90 % o más, pero no la totalidad de los títulos o participaciones representativos del capital social que confieran derechos de voto en una junta general de la sociedad o sociedades absorbidas, se produce

una limitación o simplificación de los requisitos procedimentales, ordinariamente exigibles, para llevar a cabo una fusión transfronteriza de sociedades anónimas.

TRIGÉSIMOCUARTA. El acuerdo de fusión habrá, en principio, de publicarse. En el anuncio habrá de constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores. Ésta es precisamente la finalidad de aquella publicación. Su alternativa, la comunicación individualizada, a cada socio y acreedor, es más insegura.

El derecho de oposición al acuerdo de fusión, que se otorga a acreedores y obligacionistas de las sociedades que se fusionen para las deudas nacidas con anterioridad a la publicación del proyecto de fusión y aún no vencidas en el momento de su publicación contribuye a la protección de sus intereses. Se concibe como un derecho potestativo que la Ley otorga a los acreedores frente a la fusión de la sociedad deudora, cuyo objeto es la tutela preventiva del crédito suspendiendo la ejecución del acuerdo, hasta que aquellos intereses sean satisfechos o queden garantizados.

TRIGÉSIMOQUINTA. El contrato de fusión ha de documentarse e inscribirse, depositarse o archivarse en una oficina pública. Aludir a escritura pública o a documento de fusión constituye una alternativa escasamente relevante en cuanto que depende de cada ordenamiento jurídico particular.

La inscripción registral o el archivo o depósito del documento de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, tiene para la generalidad de los sistemas jurídicos carácter fundamental. La inscripción de la escritura pública, depósito o archivo del documento de fusión desencadena la constitución o modificación de la sociedad resultante, dependiendo de cuál sea la modalidad, la extinción de las demás sociedades participantes y también, de forma simultánea, la eficacia de la fusión, pero sin que hasta ese momento se pueda afirmar que exista ninguna sociedad nueva, ni que ninguna sociedad se extinga ni tampoco, en su caso, una modificación de estatutos, ya que lo que realmente existe es un negocio de fusión formalizado con el contenido legalmente exigido.

Con la inscripción de la escritura pública o archivo o depósito del documento de fusión, según sea el sistema, se producen *ipso iure* y simultáneamente la transmisión en bloque de la totalidad del patrimonio (activo y pasivo) de la(s) sociedad(es) absorbida(s) a la sociedad absorbente o resultante, las sociedades fusionadas se extinguen, los socios de la(s) sociedad(es) absorbida(s) o fusionadas se convertirán en socios de la sociedad absorbente o resultante y los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionan procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales se transferirán a la sociedad absorbente o resultante de la fusión.

TRIGÉSIMOSEXTA. El proceso de fusión transfronteriza de sociedades anónimas conlleva temporalidad. Durante ese lapso de tiempo se concluye el proyecto o plan común de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, cuya naturaleza contractual no impide que su eficacia vinculatoria de las partes, este sometida, en su caso, a la aprobación por la junta general de accionistas de cada sociedad participante en aquel proceso de fusión, y a la inscripción registral o archivo oficial de la escritura documento de fusión, en cuyo caso ya se habla de contrato de fusión transfronteriza de sociedades anónimas que despliega todos sus peculiares y trascendentales efectos.

Respecto de esos contratos es pertinente la aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, que ha pasado de ser de aplicación excepcional a su aplicabilidad con “plena normalización”. Con ocasión de la última crisis económica global se afirma el carácter implícito de la “*cláusula rebus sic stantibus omnis conventio intellegitur*”, como uno de los medios de corrección de la frustración económica del contrato, en determinadas situaciones particulares, pero no en términos absolutos. En las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, las sociedades anónimas participantes en el mismo son libres para acordar los términos del contrato de fusión, pero su cumplimiento o fidelidad a su contenido no es “incondicionado” ni se contrapone a la aplicabilidad de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, que contribuye a mantener el equilibrio básico contractual.

Es posible la invocación de la excesiva onerosidad para una de las sociedades anónimas participantes en una fusión transfronteriza de sociedades anónimas si se produce una alteración del equilibrio contractual fundamental, objetivamente mensurable. Puede ser debida a un incremento sustancial de los costes en el cumplimiento de sus obligaciones. La doctrina actual sobre la cláusula “*rebus sic stantibus*”, establece la transcendencia y relevancia de la “crisis económica como hecho impulsor del cambio o mutación del contexto económico contractual”, por lo que no cabe duda su posible aplicación a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

Las modificaciones sobrevenidas entre la fecha de adopción del proyecto o plan de fusión y aquella en que las juntas generales de las sociedades intervinientes en la fusión que se reúnan, puedan adoptar, en su caso, el acuerdo de fusión, también puede determinar la aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*”.

TRIGESIMOSÉPTIMA. La nulidad de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas resulta extraordinariamente restringida, en beneficio de la seguridad jurídica.

En el sistema de la Unión Europea, inscrita la fusión en el Registro, en principio, ésta deviene inatacable judicialmente, no obstante los vicios o defectos que la pudieren aquejar, de fondo o de forma, tanto los relativos a los acuerdos, como los inherentes al procedimiento, cualquier que sea la transcendencia o gravedad de los mismos. Así, se

cambia la tutela real, mediante el ejercicio de la acción de impugnación de nulidad, por la tutela obligacional, de carácter resarcitorio o indemnizatorio.

Pero hay un modelo diferente, que no supone limitar la posibilidad de impugnación de la fusión a partir del momento del archivo del documento de fusión, a semejanza de la inscripción registral, limitándose la certificación de la oficina secretario de estado entregada con la copia del documento de fusión a constituir una prueba o evidencia conclusiva de que el documento original se ha efectivamente archivado.

La restricción del acceso a la jurisdicción que suponen las limitaciones de la demanda de nulidad de la fusión, no se compadece bien con la tutela jurisdiccional efectiva, sin que sirva de remedio la posibilidad de impugnación jurisdiccional del acuerdo de fusión no inscrito, dado que el derecho de acceder a la justicia no viene otorgado por la ley, sino por la Constitución misma, siendo un componente medular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

Es doctrina reiterada de la justicia constitucional que el primer contenido del derecho a obtener la tutela de Jueces y Tribunales, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas.

Ha de concluirse que, no obstante la inscripción de la fusión y a pesar de lo establecido en la regla general, existen vicios o causas de impugnación que, por no quedar sanados por la publicidad registral de la escritura de fusión transfronteriza de sociedades anónimas, deberían poder dar lugar a una demanda y a la sentencia judicial determinante de la nulidad de la fusión inscrita. Específicamente, aquellos vicios o defectos que queden fuera del posible ámbito objetivo del certificado que demuestre de forma concluyente la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión, deben poder dar lugar a la impugnación de la fusión ya inscrita y determinar, en su caso, de la nulidad de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLA SANTAMARÍA, J., “La ordenación jurídica de la actividad económica”, Editorial Dykinson, S. L., Madrid 2003.

ADAM SMITH, “An Inquiry into de Nature and Causes of the Wealth of Nations”, Londres 1776.

AGUILERA RAMOS, A., “Clases y series de acciones. Las acciones privilegiadas”, en Derecho de Sociedades Anónimas”, T. II (Capital y Acciones), v. I, Civitas, Madrid 1994.

AGUILÓ REGLA, J.:

-“Sobre Derecho y Argumentación”, LLeonard Muntener Editor, Palma de Mallorca, 2009.

-“Fuentes del Derecho”, en Conceptos básicos del derecho, (Daniel González Lagier, coord.), Marcial Pons, Madrid 2015.

AGUILAR NAVARRO, M.:

-“Ensayo de delimitación del Derecho Internacional Económico”, Universidad Complutense. Servicio de Publicaciones, Madrid 1971.

-“Derecho Internacional Privado”, v. I, t. II. Parte segunda (segunda reimpresión a la 3ª edición), Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid 1982.

ALLAN FARNSWORTH, E., “On contracts”, v. I, , Boston-Toronto-Londres 2008.

ALEXY, R.:

-“Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989.

-“Rech, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rectsphilosophie”, (Derecho, razón y discurso), Fráncfort del Meno, Shrkamp, 1995.

-“El concepto y la validez del Derecho”, Gedisa, Barcelona 2008, y “Teoría de los derecho fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008.

ALFARO J., “Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)”, RDM, 1.996, n. 222.

ALONSO ESPINOSA, F. J., “El proyecto de escisión de sociedades anónimas”, en Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, v. V, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U, Madrid 2002.

ALONSO LEDESMA, C., “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, en Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, v. V, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U, Madrid 2002.

ALONSO UREBA, A. y GUERRA MARTÍN, G., “La constitución de la sociedad europea como operación de concentración de empresas”, en la Sociedad Anónima Europea. Régimen societario, laboral y fiscal (Esteban Velasco, G., Del Pozo, L., coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004.

ALLEN, R. C., “Historia económica mundial: una breve introducción”, Alianza Editorial, S. A., Madrid 2013.

ALONSO, J. A., y GARCIMARTÍN, C., “Acción colectiva y desarrollo. El papel de las instituciones”, Editorial Complutense, Madrid 2008.

ALONSO OLEA, M.:

-“Las raíces del contrato de trabajo”, AARAJL, núm. 21, 1989.

-“Introducción al Derecho del Trabajo”, (sexta edición), Civitas, Madrid 2002.

ALONSO SOTO, R., “Lección 14. Derecho de la Competencia”, en AAVV. Lecciones de Derecho Mercantil” (duodécima edición, Menéndez, A. y Rojo, A., Directores), v. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2014.

AMABLE, B., “Les cinq capitalismes: diversité des systèmes économiques et sociaux dans la mondialisation”, Seuil, Paris 2005.

ÁNGEL AGUNDEZ, M. y MARTÍNEZ SIMANCAS (Directores), Albarrán (Coordinador), “Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Fusiones y adquisiciones de empresas”, La Ley, Madrid 2012.

ÁLVAREZ ARJONA, J. M^a, “Adquisiciones de empresas Capítulo I. Elementos comunes y la estrategia del cierre”, en Adquisiciones de empresas, González Acebo&Pombo/Thonsom Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2013.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., “España. Biografía de una nación”, Espasa Libros, S. L.U., Madrid 2010.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “La construcción jurídica del contrato de trabajo”, Editorial Comares, Granada 2011.

AMARTYA SEN, “La idea de la Justicia”, Taurus-Santillana Ediciones Generales, S. L., Madrid 2010.

ANSÓN PEIRONCELY, R., “Fusión Transfronteriza Intracomunitaria”, en Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Tirant lo blanch, Valencia 2013, p. 199.

APPIAH, K. A., “Experimentos de ética”, Katz Editores, Madrid 2010.

ARAGÓN, M., “Constitución económica y libertad de empresa”, en Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. I, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1996.

ARAGÓN LÓPEZ, R., GÁMEZ MARTÍNEZ, S., GÓMEZ-BEZARES PASCUAL, F., MSCAREÑAS GÓMEZ, I. Y VIÑOLAS SERRA, P., “La valoración de la empresa”, Consejo General de Colegios de Economistas de España, Madrid 2009.

ARISTÓTELES, “Metafísica”, Libro Duodécimo, apartado VII, Esapasa Calpe, S. A., Colección Austral (Traducción de Azcarate, P. de), decimotercera edición, Madrid 1990.

ARROWSMITH, S., “EU Public Procurement Law: An Introduction”, University of Nottingham, 2010.

ARENAS GARCÍA, R. , “La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II”, InDret 4/2008 (www.indret.com).

ASCARELLI, T., “Iniciación al estudio del Derecho Mercantil”, Studia Albornotiana-Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1964.

ATIENZA, M.:

-“Contribución a una teoría de la legislación”, Editorial Civitas, S. A., 1977.

-“El sentido del Derecho”, Editorial Ariel, S. A., Barcelona 2001

AZZOLINI, C., “Problemi relativi alle persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato”, RDIPP, 1993.

AZOFRA, F., “El Informe Winter sobre modernización del derecho societario en Europa”, Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, núm. 4/2003

BOUCOBZA, X., “L'acquisition internationale de société”, Bib. de droit privé, t. 301, LGDJ, Montchrestien, 1998.

BAINBRIDGE, S., “Mergers and Acquisitions”, Foundations Press ; New York, 2003.

BALLARINO, T., “Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes”, RCDIP, 2003-3.

BALLESTEROS, J., “Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la Filosofía Jurídica”, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), Madrid 2001.

BANAKAS, S., “Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test”, InDret 1/2009 (www.indret.com).

BARNARD, C., “The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms”, Oxford University Press, Oxford, 2004, 3ª edición 2010.

BATALLER, J., J., “Artículo 360. Disolución de pleno derecho”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, (A. Rojo y E. Beltran, Dirs), t. II, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

BAUDEU, G., “Protocoles et traités de fusion”, Lib. Tech., Paris 1968.

BENEDETTELLI, M. V. “La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato”, Rivista delle Società, 1997

BERKMAN, J. W., “Due Diligence and the Business Transaction. Getting a Deal Done”, Berkeley, CA, United States, 2013.

BETANCOR, A., “La problemática naturaleza jurídica de la libertad de comercio: libertad que no es sino intervención”, en Por el Derecho a la Libertad, Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, v. II, Garantías del Ciudadano en el Régimen Administrativo, Portal Derecho, S.A.-Iustel, Madrid 2014.

BELTRÁN, E., “La Liquidación. Artículo 371”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital” (Á Rojo y E. Beltran, Dirs.), t. II, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2011.

BIANCA, C. M., “Diritto Civile” t. 3, Il contratto, Giuffré Editore, Milano, 2000.

BISBEE, E., “Consolidation and Merger”, New York University Law Review (NYLR), 1929.

BLANQUER UBEROS, R., “El testamento título de operaciones sucesorias realizadas en la normalidad del derecho”, Discurso leído el 28 de abril de 2008 en el acto de su recepción como Académico de Número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2008.

BOGER, M. “Die Anwendbarkeit der Cassis-Formel auf Ungleichbehandlungen im Rahmen der Grundfreiheiten: eine Untersuchung auf Grundlage der Rechtsprechung des

EuGH unter besonderer Berücksichtigung des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung”, Berlín, 2004.

BLANCO-MORALES LIMONES, P., “La transferencia internacional de sede social”, Revista de Sociedades-Monografías, Editorial Aranzadi S. A., Pamplona 1997.

BOU FRANCH, V. (dir.), “Introducción al Derecho de la Unión Europea”, Civitas-Tonsom Rueters, Cizur Menor (Navarra), 2014.

BOUCOBZA, X., “L’acquisition internationale de société”, Bib. de droit privé, t. 301, LGDJ, Montchrestien, 1998.

BRAUN, E., “Caos, fractales y cosas raras”, Fondo de cultura Económica, Mexico, 1996.

BRENES CORTÉS. J., “El derecho de separación. Principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el Derecho de sociedades”, RdS núm. 37, año 2011-2.

BRIGOLA, A., “Das System der EG-Grundfreiheiten: vom Diskriminierungsverbots zum spezifischen Beschränkungsverbot”, Munich, 2004.

BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., “Manual de Derecho Mercantil” Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid 2010.

BULYGIN, E. “Lógica deóntica”, en “Lógica” (Alchourron, C., Editor), Editorial Trotta, S. A., Madrid 1995.

BUSTILLO SAIZ, M^a del Mar, “Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la “doctrina” de la acción de oro”, RDM, núm. 259, enero-marzo 2006.

CABANAS TREJO, R. Y BONARDEL LENZANO, R., “Fusión de sociedades: Inscripción, impugnación y régimen contable”, Editorial Bosch, S. A., Barcelona 2013.

CALVO CARAVACA, A.-L.:

-“Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional”, RGD, n. 525, 1988.

- “Derecho internacional privado. Parte especial”, (6.^a ed), (González Campos, J. D., Dir.) Madrid, Eurolex, 1995.

-“Art. 9.11 Cc”, en Comentarios al Código Civil, Ministerio de Justicia, 1991

-“La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho internacional privado en la sociedad global”, en Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado, consejo General de Notariado-Wollters Kluwer España, S.A., Madrid 2012.

CALVO CARAVACA. A. J. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.:

-“Mercado único y libre competencia en la Unión Europea”, Editorial Colex, Madrid, 2003.

-“Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, Estudios de Deusto, vol. 55/1, Bilbao, enero-junio 2007.

-“Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, RdS, núm. 28, 2007-1.

-“Personas jurídicas y sociedades mercantiles”, en Derecho Internacional Privado, vol. II, (7.^a ed.), Granada, Editorial Comares, 2006.

CALVO VÉRGEZ, J., “Fusiones y escisiones de sociedades. Aspectos prácticos fiscales y contables”, La Ley, Madrid 2011.

CALVET, H., “La directive du Conseil des communautés européennes relative aux opérations d’initiés”, SJ (Ed. E), núm. 49.

CAMPOBASSO, D. F., “Diritto Commerciale”, v. 2 (Diritto delle Società), UTET, Turin, 2007.

CAPELLA, J.-R., “El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico”, Ediciones Ariel, Barcelona 19968.

CAPRON L., “The long-term performance of horizontal acquisitions”, Strategic Management Journal, (SMJ) 20, 1999

CARRASCO PERERA, Á, “Las cartas de intenciones”, en Adquisiciones de empresas, González Acebo&Pombo/Thonsom Reuters-Editorial Aranzadi, S. A.. Cizur Menor (Navarra) 2013.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Configuración básica del contrato internacional”, en Curso de contratación internacional, (Alfonso Luis Calvo Caravaca; Javier Carrascosa González, Dir.), Editorial Colex, Madrid, 2003.

CARBONE, S. M., “I principi UNIDROIT quale soft law applicabile ai contratti del commercio internazionali: Tra autonomia privata e ordinamenti statali”, Diritto del Commercio Internazionale. Pratica internazionale e diritto interno,(DCIPIDI) núm. 26.4, Octubre-Diciembre 2012,

CARNEY, W., “Mergers and Acquisitions, cases and materials”, New York 2000.

CARTWRIGHT, J., “Misrepresentation, mistake and non-disclosure”, Sweet and Maxwell, London 2007.

CASAS BAAMONDE, M. E., “Capítulo 14. La implicación de los trabajadores en la sociedades anónima europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos

de implicación convenida)”, en La sociedad anónima Europea. Régimen societario, laboral y fiscal (Esteban Velasco, G., Del Pozo, L., coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004.

CASSIMAN, B., COLOMBO, M. G., GARRONE y VEUGELERS, R., “The impact of F&A on the R&D Process. En Empirical Analysis of the Role of Technological and Market Relatedness” IESE Business School and Catholic University of Leuven, 2010.

CASTELLANO, M. J., “Artículo 202. Acta de la junta”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II., Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

CAVANILLAS MUGICA, S. “La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia”, Editorial Aranzadi, Pamplona 1987.

COASE, R.:

-“The problema of social cost”, Journal of Law and Economics (JLE), v. 3, octubre 1960.

-“La empresa, el mercado y la ley”, Alianza Editorial, S. A., Madrid 1994.

COLOMER, J. M., “El gobierno mundial de los expertos”, Editorial Anagrama, S. A., Barcelona 2015.

CONDE TEJON, A., “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión global de activo y pasivo)”, RdS núm. 35, año 2010-2

CONFORTI, L., y ZUCCHETTI, R, “Diritto comunitario del lavoro-Tutela delle condizioni economiche del lavoratore, sicurezza e salute di lavoro”, Roma 1994.

CORTÉS, L. J., “Las modificaciones estructurales ante la Propuesta de Código mercantil”, El Notario del Siglo XXI, abril de 2014, <https://twitter.com/elnotariosxxi;www.elnotario.es>, 09/04/2014.

CORTÉS, L. J., Y PÉREZ TROYA, A., “El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades”, en Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, v. V, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U, Madrid 2002.

COSSIO, C., “Los valores jurídicos”, Anuario de Filosofía del Derecho, t. IV, 1956.

COURTIS, Ch., “Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del Derecho”, en Observar la ley, Editorial Trotta, S.A., Madrid 2006.

CRONES, L., “Grundrechtlicher Schutz von juristischen Personen im europäischen Gemeinschaftsrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum persönlichen

Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und der Gemeinschaftsgrundrechte”, Baden-Baden, 2002.

CRUZ FERRER, J., “Principios de regulación económica en la Unión Europea”, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 2002.

CRUZ PARCERO, J. A., “El lenguaje en los Derechos”, Editorial Trotta, Madrid 2007.

CRUZ PACHECO, J. A., “Los métodos para los juristas”, en Observar la ley, Editorial Trotta, S.A., Madrid 2006.

CUADRADO PÉREZ, C., “Oferta, aceptación y conclusión del contrato”, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003.

DAHL, R. A., “La democracia y sus críticos”, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona 1989.

DAMASCELLI, D. “I conflitti di legge in materia di società”, Cacucci Editore, Bari, 2004.

DASGUPTA, P., “Economía. Una breve introducción”, Alianza Editorial, S. A., Madrid 2009.

DASHWOOD. “The Limits of European Community Powers”, European Law Review, 1996.

DAVID, Ch. “Due Diligence Law and Practice (International Business Negotiating Guides)”, Sweet & Maxwell, Londres 1999.

DAVID, R., “Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos”, Aguilar S.A de Ediciones, Madrid 1973.

DAVIES, G.:

-“EU Internal Market Law,” Londres, 2002.

-“The European community’s Directive on Insider Dealing: From company Law to Securities Markets Regulation?”, JLS, 1991.

DE CASTRO, F.:

- El Negocio Jurídico”, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1985, (reedición del original publicado en 1971 por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos).

-“La persona jurídica””, Civitas S.A., Madrid 1981.

DE CORDT, Y., “L’égalité entre actionnaires”, Bruselas, 2004.

DE EIZAGUIRRE, J. M., “Derecho de los títulos valores”, Thonsom-Civitas, S.A., Madrid 2003.

DE GRANDCOURT, J., “Société”, E. Dalloz, DI, vol. II, 1969.

DE GUZMAN, M., MARTÍN, M. A., MORÁN, M. y REYES, M., “Estructuras fractales y sus aplicaciones”, Editorial Labor, S. A., Barcelona 1993.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GÓMEZ, I., y VEGAS TORRES, I., “Derecho Procesal. Introducción”, tercera edición, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid 2004.

DE PALACIO, A, “La ruta regional a la globalización del libre comercio”, ABC, de 7 de agosto de 2013.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Sociedad y Personalidad Jurídica”, AARAJL núm. 33, 2003.

DE LA VILLA, L. E, “El trabajador a domicilio”, en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria” (Palomeque López, M. C., y García-Perrote Escartín, I., coordinadores), Ediciones CEF, Madrid 2006.

DE LA VILLA, L. E. y PALOMEQUE, M.C., “Lecciones de Derecho del Trabajo”, Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social, Madrid 1977.

DIAMOND J., “Armas, Gérmenes y Acero”, Editorial Debate, Madrid 1998.

DÍAZ RUÍZ, E., “La fusión de sociedades; en particular, las fusiones transfronteriza”, en Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades (Beneyto Pérez, J. M. y Largo Gil, R., dir.) Editorial Bosch, Barcelona 2010.

DÍEZ DEL CORRAL, L., “El rapto de Europa”, Alianza Editorial, s. A., Madrid 1974.

DOMINGUEZ GARCÍA, M. A., “La emisión de Obligaciones por Sociedades anónimas”, RdS, Colección Monografía, Editorial Aranzadi, S. A., Pamplona 1994.

DOOLEY, M. P., “Rules, standars, and de the Model Business Corporation Act”, scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1.

DÍAZ GRIDILLA, P., “Un supuesto de fusión transfronteriza; aproximación a la fusión entre sociedades de nacionalidad española y estadounidense”, RDS núm. 29, 2007.

DÍEZ-PICAZO, L.:

-“La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1963.

-“Estudios sobre la jurisprudencia civil”, t. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1979.

-“La doctrina del enriquecimiento injustificado”, Discurso leído el día 14 de diciembre de 1987 en el acto de su recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, RAJL, Madrid 1987.

- “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, v. I, Introducción. Teoría del contrato, (sexta edición); Civitas/Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2009.

-“La existencia del contrato”, AARAJL núm. 39, 2009.

DIEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO A.M., “Los Principios del Derecho Europeo de Contratos”, Civitas, Madrid. 2002.

DOSSE, F., “Historias del estructuralismo”, Tomo II: El canto del cisne, 1967 hasta Nuestros Días”, Ediciones Akal, Madrid 2004.

DROBNIG U., “Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften”, ZHR, 1966-1967.

DUQUE, J.:

-“La fusión en el proyecto de reforma del Derecho de Sociedades de Capital y su comparación con el Derecho Comunitario de la Tercera Directiva”, RDBB, núm. 32, 1988

-“Motivos problemas y sistema de la unificación del derecho privado en el Codice Civile de 1942”, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. I, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1996.

-“El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español”, en “Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero”, v. V, McGRAWHILL, Madrid 2002.

- Procedimientos para constituir una SE”, en La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal, Marcial Pons, Madrid 2004.

ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., “Fase decisoria. Tutela de los intereses de socios y acreedores”, en Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, t. II, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

EDWARDS, V., “EC company law”, Oxford University Press, Oxford 1999.

EHLERS, D. (Hrsg.), “Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten”, Berlín, 2003.

EINSTEIN, A., “Notas autobiográficas”, Alianza Editorial, S. A., Madrid 1986.

EMBED IRUJO, J. M., “El contrato de constitución del grupo en el Derecho español”, en “Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero”, v. V, McGRAWHILL, Madrid 2002.

EMPARANZA, A.:

- “Art. 346. Causas legales de separación”, en en Comentario a la Ley de sociedades de capital, t.I, Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011

ENNA, G., “Fusione, scissione e scorporo de società. Aspetti giuridici, rivelazioni contabili, fiscalità”, Sistemio Editoriali, Milan 2007.

ENGRÁCIA ANTUNES, J. A., “Os grupos de Sociedades”, 2ª edición”, Almedina, Coimbra 2002.

ENTRENA RUÍZ, D., “El empleo de información privilegiada en el mercado de valores: Un estudio de su régimen administrativo sancionador”, Thomsom Reuters-Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2006.

ESCRIBANO GAMIR, R. C.:

-“La Protección de los Acreedores Sociales frente a la Reducción del Capital Social y las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Anónimas”, Revista de Derecho de Sociedades-Monografías, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 1998.

-“Derecho de oposición de los acreedores sociales”, en Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, t I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2009.

ESCUADERO, J. A., “Las Cortes de Cádiz: Génesis y reformas”, Discurso de apertura leído el día 18 de octubre de 2010, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2010.

ESPÍN, C., “Artículo 341. Bonos de disfrute”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II., Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

ESPINA, D., “La empresa en el Derecho Mercantil”, Ateler, Barcelona 2006.

ESPINUELLA, Á., “Artículo 8. Nacionalidad”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., Dirs.), t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011.

ESTEBAN RAMOS, L. Mª:

-“Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección”, Revista de Derecho de Sociedades- Monografías, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

-“¿Constituye el derecho de oposición de los acreedores un obstáculo a la fusión de sociedades en estado de concurso?”, RdS núm. 37, año 2011-2.

ESTEBAN VELASCO, G.:

-“La Administración de la Sociedad. Artículo 209. Competencia del órgano de administración y La representación de la Sociedad. Artículo 233. Atribución del poder de representación”, en Comentario a la Ley de sociedades de capital, t.I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011.

EVENET, S. J., “The Cross-Border Mergers and Acquisitions Wave of late 1990”, NBER Workin Paper nº 9655, 2003.

FADLALLAH, I., “Personne morale”, E.Dalloz DI, vol. II, 1969

FAULENBACH, C., “Der gemeinschaftsrechtliche Vorbehalt im europäischen Wettbewerbsrecht:die Herkunftslandanknüpfung der E-Commerce-Richtlinie unter dem Einfluss der Grundfreiheiten”, Frankfurt am Main, 2004.

FALCON Y TELLA, M. J.:

-“El argumento analógico en el Derecho”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1991.

-“Concepto y fundamento de la validez del Derecho”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense-Editorial Civitas, S. A., Madrid 1994.

FAULL-OLLER, R. “Takeover waves”, Journal of Economics and Management Strategy,(JEMS) num. 9-2 2000,

FARMWORTH, E. A., “Contracts”, 3ª edition, Aspen Law & Business, New York, 1999.

FEIDEN, S., “Die Bedeutung der ‘Keck’- Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten: ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten”, Berlín, 2003;

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M., “ESPAÑA. Biografía de una nación”, Espasa Libros, S.L.U, Madrid 2010.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, F., “Estados Unidos conserva el liderazgo moral”, el Mundo del jueves 19 de marzo de 2009.

FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A, “Grupos de empresas de base contractual y derecho de la competencia”, en “Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero”, v. V, McGRAWHILL, Madrid 2002.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.:

-“La atipicidad en Derecho de Sociedades”, Libros Pórtico, Zaragoza, 1977.

-“Problemas político jurídicos en la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales”, en La Reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1987.

-“Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades”, RdS núm. 3, año II/1994.

- “Capítulo 1. El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho Comunitario de Sociedades: Consideraciones de política y técnica jurídicas”, en La Sociedad Anónima Europea. Régimen Jurídico Societario Labora y Fiscal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona 2004.

-“El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: Consideraciones de política y técnica jurídicas”, en La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal, Marcial Pons, Madrid 2004.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.:

-“La arbitrariedad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una sociedad anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero”, RdS, núm. 29, año 2006-1...

-“Derecho contable de fusiones y escisiones”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona- Buenos Aires,, 2008.

-“El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales. Problemática contable de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos aires 2010.

-“La fase de ejecución (Escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación”, en Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, t. I, Thomson Reuters-Aranzadi, S. A., Cizur Menos (Navarra), 2009.

-“Capítulo 14. La fase de ejecución (Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación)”, en Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, t I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2009.

-Publicidad material y fe pública en el Registro Mercantil. Tercero mercantil-registral y tercero hipotecario”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2013.

FERNÁNDEZ-RAÑADA, A., “Los científicos y Dios”, Editorial Trotta, S. A., Madrid 2008.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Derecho de los Negocios Internacionales”, Cuarta edición, Iuste. Portal Derecho, S. A., Madrid 2013.

FERRARINI, G. , ““Unázione – un voto”: un principio europeo?”, Riv. Soc., año 51, 2006, fasc. 1

FIGA FAURA, L.:

-“Lógica, Tópica y Razonamiento Jurídico”, AARAJL, Madrid 1993

- “El problema jurídico fundamental, hoy”, AARAJL núm. 24, 1994.

-“Norma, norma jurídica, norma jurídica mercantil”, en Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. I, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1996.

FINCH, J., “Introducción a la teoría del Derecho”, Editorial Labor, S. A., Barcelona 1977.

FONDEVILA, M., “La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea”, Editorial Reus, S.A., Madrid 2014.

FONT GALAN, J. I. y PINO ABAD, M., “La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (solo) jurídica del concepto legal de sociedad”, en Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, v. I, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U, Madrid 2002

FRIEDMAN, M. y R., “La libertad de elegir”, Ediciones Grijalbo, S. A., Barcelona 1980

FRENKEL, E., “Amor y matemáticas”, Ariel-Editorial Planeta, S. A., Barcelona 2015.

FRENZ, W., “Verpflichtungen Privater durch Richtlinien und Grundfreiheiten (Zugleich Anmerkung zu EuGH, Rs. C 397/01 bis C-403/01 (DRK-Urteil))”, EWS, 2005.

FUENTES, M., “Artículo 18. Grupos de sociedades”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital (Á Rojo y E. Beltrán, Dirs), t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Madrid 2011.

FUENTESECA DÍAZ, P., “La formación greco-romana del actual concepto europeo de estado”, Discurso leído el día 21 de junio de 2004 en el acto de su recepción como Académico de Número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2004.

GABNER, B. A., “Blak’s law dictionary”, novena edición, Thonsom West, Londres 2010.

GACIMARTIN ALFEREZ, F. J.:

-“El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora”, RdS núm. 16, 2001-1.

- “Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual”, Cuadernos Mercantiles, Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 2002.

-“Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable”, en Instituciones de Derecho Privado, (Delgado de Miguel, J. F., Coord.), Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General, Thomson-Civitas, 2003.

GAILLARDE., E., y PINCEL, E., I, “Les opérations d’initiés dans le Communauté économique européenne”, RTDE, núm. 26, abril-junio 1990.

GALBRAITH, J. K.:

-“Historia de la Economía” (5ª edición), Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1991.

-“La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo”, Crítica, S. L., Barcelona, 2004.

GALLEGO LANAU, M., “La cesión global plural de activo y pasivo”, RdS núm. 38, 2012-1.

CALLEGO, E.:

-“Artículo 210. Modos de organizar la administración”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t.I, Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011.

-“Artículo 212. Requisitos subjetivos”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, t. I, Thonsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011

GÁLVEZ, J., “Artículo 14”, en “Comentarios a la Constitución Española” (Garrido Falla, F. y otros), Cívitas S.A., Madrid 1980.

GARCÍA-CRUCES, J. A.:

- “Artículo 159. Junta general”, en Comentario la Ley de Sociedades de Capital, t. I, Thonsom Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011.

-“Artículo 178 Junta Universal”, en en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I, Thonsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lengua de los Derechos”, (tercera edición), Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009.

GARCÍA PASCUAL, C., “Norma Mundi. La lucha por el Derecho Internacional”, Editorial Trotta, Madrid 2015.

GARCÍA RUÍZ, E., “La nueva sociedad anónima pública”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.

GARCÍA TREVIJANO, C., “El arte de la Lógica”, TECNOS, Madrid 2008.

GARCÍA VILLAYERDE, R., “Proyecto de fusión no aprobado por la junta general de una de las sociedades que lo suscribieron”, RdS núm. 6, año IV/1996.

GARRRIDO DE PALMA, V. M., “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”, en “Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez”, T. II, (Sociedades Mercantiles), Editorial Civitas, Madrid 1996.

GARRIGUES, J.:

-“Tratado de Derecho Mercantil”, t. I , v. 2º y v. 3º, Revista de Derecho Privado, Madrid 1949.

- “Hacia un nuevo Derecho Mercantil”, Editorial Tecnos, Madrid, 1971

-“Curso de Derecho Mercantil” (sexta edición, revisada corregida y puesta al día por A. Bercovitz), Madrid, 1972.

-“Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas”, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1988 (Primera edición en 1933).

GARRIGUES, J., y Uría, R., “Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas” t. I y t. II, Madrid 1976.

GEBAUER, J. “Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte, Berlín, 2004.

GETE-ALONSO CALERA, C., “Estructura y función del tipo contractual”, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona 1979.

GIL, T. “Acciones, normatividad, historia”, Herder Editorial, S.L. Barcelona 2010.

GIRBAU PEDRAGOSA, R., “Cuestiones sobre la fusión societaria en la Ley de modificaciones estructurales”, RdS núm. 33, año 2009-2.

GIRELLO, G., “La legge applicabile alle persone giuridiche nel diritto internazionale privato”, DCI, 1996.

GIRÓN TENA, J.:

-“Derecho de Sociedades”, t. I, Parte General. Sociedades Colectivas y Comanditarias, Madrid 1976.

- “Introducción”, en AAVV. Estudios y Textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1978.

-“Apuntes de Derecho Mercantil”, t. 1, La Empresa, Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid 1983-1984

-“Tendencias actuales y reforma del derecho Mercantil (Estudios)”, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1986.

GLEIK, J., “Caos. La creación de una ciencia”, Crítica, S. L., Barcelona 2012.

GOLDMAN, B., LYON-CAEN. A. y VOGEL, I., “Droit commercial européen,” 5.^a ed., Dalloz, París, 1994.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La protección transnacional de los mercados financieros”, Marcial Pons, Madrid 2014.

GÓMEZ IGLESIAS-CASAL, A., “La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo”, Cuadernos Civitas, Madrid 1995.

GÓMEZ INIESTA, A., “Sanciones administrativas y penales en el ámbito del mercado de valores”, en “Instituciones del Mercado financiero” (Alonso Ureba, A., y Martínez Simancas, J., dir.), La Ley, Madrid 1999.

GÓMEZ SEGADE, J. A., “Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión”, en Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, v. V, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U, Madrid 2002.

GONDRA, J.M., “Derecho Mercantil”, I, Introducción, Servicio de Publicaciones Facultad de derecho. Universidad Complutense Madrid, Madrid 1992.

GONZÁLEZ BIEZMA, E., “El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo”, Madrid 1989.

GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., “Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles”, Editorial DYKINSON, S. L., Madrid 2011.

GORTON, G., M. KAHL y ROSEN, R., “Eat or be eaten: a theory of mergers and merger waves”, NBER Working Paper, num. 11364, 2005

GRABER, R., “Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten: eine Untersuchung anhand einer Auslegung des EG-Vertrages, der Rechtsprechung des Gerichtshofes und der Folgen einer angenommenen unmittelbaren Drittwirkung”, Munich, 2002.

GREPPI, A., “Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo”, Editorial Totta, S.A., Madrid 2006.

GROSSFELD, B., “Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer personen”, *RabelsZ*, 1967, vol. XXXI.

GRUNDMANN, S., “Europäisches Gesellschaftsrecht”, Heidelberg, 2004.

GUDEJ, D., en “El teorema del loro. Novela para aprender matemáticas”, Anagrama, Barcelona, 2000.

GUERRA MARTÍN, G., “El gobierno de las sociedades cotizadas Estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo”, *RdS*, Monografía, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2003.

GUGIER, K., y SIEBERT, R., “Market Power versus Efficiency Effects od Mergers and Reseach joint Ventures: evidencie fromm the Semiconductor Industry”, *NEBR*, Working Paper n° 1023,(NEB) 2003

GUIDO ALPA, “Il contratto nel common law inglese”, Padua 2005.

GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNAUD, A., “La legitimidad social de las organizaciones internacionales. Estudio de las percepciones estatales y de la sociedad civil de la ONU, OMC y OIT”, Marcial Pons, Madrid 2014.

HAAK, S., “Filosofía de las Lógicas”, Ediciones Cátedra, Madrid 1978.

HALL, R.E. Y JONES, Ch. I., “Why do some countres produce so much more output per worker than others”, *Queterly Journal of Economics (QJE)*, v. 114, Febrero 1999.

HARTNACK, J., “La teoría el conocimiento de Kant”, Ediciones Cátedra, S. A., Madrid 1992.

HALLETT CHARRO, R., “Due diligence”, en *Adquisiciones de empresas*, González Acebo&Pombo/Thonsom Reuters-Editorial Aranzadi, S. A.,Cizur Menor (Navarra) 2013.

HATTENHAUER, H., “Conceptos fundamentales del Derecho Civil”, Editorial Ariel S.A., Barcelona 1987.

HATJE A., (HRSG.), “Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe”, Baden-Baden, 2002.

HAUSMAN, D. M., y McPHERSON, M. S., “El análisis económico y la filosofía moral”, Fondo de Cultura Económica, Mexico 2007.

HAWKING, S., y MLODINOW, L., “El gran diseño”, Crítica S. L., Barcelona 2010.

HELLER, H., “Democracia, política y homogeneidad social” en *Escritos Políticos*, Alianza Universidad, Madrid 1985.

HERD, T. J., y McMANUS, R., “¿Quién dice que las fusiones y adquisiciones no crean valor?”, Otulook, núm. 1.

HERNÁNDEZ GIL., A.:

-“Metodología de la Ciencia del Derecho”, v. I y v.II, Madrid 1971.

-“Introducción al estudio del estructuralismo y el Derecho”, en Estructuralismo y Derecho, Alianza Editorial, S. A., Madrid 1973.

-“La idea del sistema en Savigny”, AARAJL núm. 9, 1979.

-“Puntualizaciones y correcciones al positivismo jurídico”. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, (RAJL) Madrid 1982.

-“De nuevo sobre el Derecho Natural”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, (RAJL) Madrid 1983.

-“En torno al Derecho y la Ética”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, (RAJL) Madrid 1993.

HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A, “La Edad de los Deberes”, discurso leído el día 17 de junio de 2013 en el acto de du recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2013.

HERNÁNDEZ SAINZ, E.:

-“La prohibición de los abusos de información privilegiada en el Derecho del Mercado de Valores Francés”, RDBB, núm. 71, julio-septiembre 1998.

- “El abuso de información privilegiada en los mercados de valores”, Tomson Reuters-Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2007.

HERNANDO CEBRIÁ, L., “El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: Interés de la sociedad e interés en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la “tercera vía” societaria”, RDBB núm. 133, Enero-Marzo 2014.

HESSUM, J., “Teoría del conocimiento”, decimoséptima edición (Traducción, Gaos, J.), Espasa Calpe, S. A., Colección Austral, Madrid 1991.

HULOT, H., “Les Institutes de l’Empereur Justinien”, Behmer y Lamort editores, Metz, 1806.

HULOT, H., y BERTHELOT, J.-F. “Les Cinquantes Livres du Digeste ou des Pandectes de l’Empereur Justinien”, Behmer y Lamort editores, Metz, 1803.

HÜTTE, A., “Der Gleichbehandlungsgrundsatz im deutschen und französischen Recht der Personengesellschaften”, Aquisgrán, 2003.

INGHAM, G., “Capitalismo”, Alianza Editorial, S. A., Madrid 2010.

IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.

- Lección 18. Las Sociedades de Capital. Aspectos Básicos, en Lecciones de Derecho Mercantil (A Menéndez y Á Rojo, Directores), v. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2013.

-“Lección 22. Los órganos sociales de las sociedades de capital”, en Lecciones de Derecho Mercantil, v. I, (undécima edición), Thomson Rueters-Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra) 2013.

-“Lección 25. Las Modificaciones estructurales de las Sociedades”, en AAVV. Lecciones de Derecho Mercantil” (duodécima edición, Menéndez, A. y Rojo, A., Directores), v. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2014.

-“Lección 26. La Disolución y Liquidación de las Sociedades de Capital”, en AAVV. Lecciones de Derecho Mercantil” (duodécima edición, Menéndez, A. y Rojo, A., Directores), v. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2014.

JIMÉNEZ-BLANCO CARROLLO DE ALBORNOZ, A., “Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, t. IV (Derecho Civil y Derecho Público), Editorial Civitas, S. A., Madrid 1996.

JIMÉNEZ DE PARGA, M., “No simplifiquemos Europa”, ABC, de 23 de julio de 2002, p. 3.

JIMÉNEZ RUÍZ, J. L., y MARÍN GÁMEZ, J. A., “Problemática practica del constitucionalismo multinivel: ¿Caos normativo, desconocimiento practico o divergencia teórica?” Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos” (CEF), (RPD(CEF))núm. 160, Mayo 2014.

JOVANOVIC, B., y ROUSSEAU, P. L., “Mergers as relocation”, NBER Working Paper, núm. 9279, 2004.

JUSTE MENCÍA, J.:

- “Los derechos de minoría en la sociedad anónima”, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 1995.

-“Fusiones especiales”, en Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Thonsom Reuters-Aranzadi S.A., Cuzur Menor (Navarra) 2009,

-“La sociedad anónima europea”, RdS, núm. 36, 2011-1.

KADELBAACH, S. T., y PETERSEN, N., “Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten. Anmerkung zum EuGH-Urteil in der Rs. C-112/00, Schmidberger/Republik Österreich (Brennerblockade, EuGRZ 2003, 492)”, EuGRZ, 30, 22/23, 2003.

KELSEN, H., “Teoría pura del Derecho”, Editorial Porrúa (décima edición), México, 1998.

KIENINGER, E., M., “The legal framework of regulatory competition on company mobility: EU and US compared”, GLEJ. V. 6, núm. 4

KINDLER, P., “Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società”, RDIPP, 2006-III.

KOCKA, J., “Historia del capitalismo”, Editorial Planeta, S. A., Barcelona 2014.

KOKOTT, J., Abogada General:

-Conclusiones 39-42 de la Abogado General, presentadas el 26 de abril de 2007, en el asunto C-202/06 Cementbouw Handel & Industrie / Comisión.

-Conclusiones 88-90 de las presentadas el 30 de enero de 2014, en el asunto C-475/12.

KOZOLCHYK, B., “La contratación comercial en el derecho comparado”, Dykinson, Madrid, 2006.

LACALLE, D., “La madre de todas las batallas”, Ediciones Deusto- Centro de Libros Papf, SLU, Barcelona 2014.

LACRUZ BERDEJO, J. L.:

-“Elementos de Derecho Civil”, t. I., Parte General, Librería Bosch, Barcelona 1974.

-“Elementos de Derecho Civil”, t. II, v. segundo, Librería Bosch, Barcelona 1977.

-“Manual de Derecho Civil”, Librería Bosch, Barcelona 1979.

LANGLE Y RUBIO, E., “Manual de Derecho Mercantil Español”, Boch, Casa Editorial, Barcelona 1950.

LAPORTA, F. J., “El imperio de la ley, una visión actual”, Editorial Trotta, S A., Madrid 2007.

LARENZ, K.:

-“Derecho Civil. Parte General”, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid 1978.

-“Metodología de la ciencia del Derecho”, Editorial Ariel, Barcelona 2001.

-“Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica”, Civitas Ediciones, S. L., Madrid 2002.

LARGO GIL, R.:

-“La fusión de sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes”, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1992.

-“Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado”, RdS, núm.9, año V/1997

-“Modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado”, en Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez, v.1, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico-Universidad de Valladolid, Valladolid 1998.

-“La Fusión de Sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social”, RdS, núm. 12, año 1999-1.

-“La constitución de la Sociedad Anónima Europea”, RdS núm. 18, año 2002-1.

- LARGO GIL, R., “La Sociedad Anónima Europea y el Estatuto de la Sociedad cotizada”, RdS núm. 24, año 2005-1.

-“La fase previa y el proyecto de fusión” en Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2009.

LAMBRECH, B. M., “The timing and terms of mergers motivated by economies of scale”, Journal of Financial Economics, núm. 72, 2004.

LAMBRECHT, P., “La directive européenne relative à une opérations d’initiés”, RB, núm. 8-9, 1990

LAROUSSE. DICCIONARIOS.com (Vox/Larousse).

LASARTE ÁLVAREZ, C.:

-“Principios de Derecho Civil”, t. séptimo, Derecho de Sucesiones, Alájar Ediciones y Promociones, S. L., Editorial Trivium. S. A., Madrid 2001.

-“Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho”, vigésima edición, Editorial Taurus (Grupo Anaya, S. A.), Madrid 2014

LARRIBA DÍAZ-ZORITA, A y MIR FERNÁNDEZ, C., “Aspectos contables de la ley sobre las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, RdS núm.34, año 2010-1.

LARS CLAMFORS, GIANCARLO CORSETTI, SEPPO HONKPOHJA, JOH KAY, GILLES SAINT-PAUL, HANS-WERNER SINN, JAN-EGBERT STURM y XAVIER VIVES, “Fusiones y política de la competencia en Europa”, Occasional Paper, OP. nº 07/5, IESE Business School-Universidad de Navarra, Barcelona-Madrid, octubre 2006.

LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., “El “balance de fusión””, RDS núm. 32, año 2009-1.

LEE, P., “Implications of the Lianakis decision”, Public Procurement Law Review, (PPLR), 2010.

LEXIDALE/BECH-BRUUN, “Study on the Application of the Cross-Border Mergers Directive” (Redactado por Mr. Thomas Biermeyer para European Union’s Directorate General on Internal Markets and Services (DG)), Septiembre de 2013.

LOIS ESTÉVEZ, J.:

-“Sobre el concepto de “naturaleza jurídica””, Anuario de Filosofía del Derecho, t. IV, 1956.

-“Introducción a la filosofía del Derecho y a la ciencia de la legislación”, Porto y Cia, Editores, Santiago de Compostela 1959.

-“Nueva versión sobre el Derecho, y otros estudios”, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1977.

-“Fraude contra Derecho”, Civitas Ediciones, S. L., Madrid 2001.

LÓPEZ CACHERO, M, “Respuesta al discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores del Doctor don Eugenio Prieto Pérez”, Real Academia de Doctores, Madrid 2002.

LÓPEZ JACOISTE, J. J.:

-“Transformaciones y paradojas de la Responsabilidad Extracontractual”, Discurso leído el día 10 de enero de 1994, como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1994.

-“Entre dominación y responsabilidad: Una dialéctica del Derecho frente a la ley”, AARAJL, núm. 34, 2004.

LÓPEZ CUMBRE, L. “La Prejubilación”, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1998.

LÓPEZ VILAS, R., “La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico”, Discurso leído el día 17 de diciembre de 2001, en el acto de su recepción como Académico de Número, RAJL, Madrid 2001.

LOUSSOUARN, Y., “La condition des personnes morales en droit international privé”, RCADI, 1959, vol. 96.

LOUSSOUARN, Y. y BREDIN, J. D., “Droit du commerce international”, Sirey, París 1969.

LUCAS VERDÚ, P. y LUCAS MURILLO de la CUEVA, P., “Manual de Derecho Político”, volumen Primero, Editorial Tecnos, Madrid 1987.

LUQUE PARRA, M., “Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral”, José María Bosch Editor, Barcelona 1999.

LLOBET I AGUADO, J., “El deber de información en la formación de los contratos”, Marcial Pons, Madrid, 1996.

LUTTER M. (editor), “Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland: mit Rechtsund Steuerfragen des Wegzugs deutscher Gesellschaften”, Köln, O. Schmidt, 2005.

MACHADO, J., “Artículo 27. Ventajas de los fundadores de sociedades anónimas”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II., Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

MACLIULO, F., “La fusione delle società”, Ipsoa, Milan 2009.

MAMBRILLA RIVERA, V., “Particularidades de la fase preparatoria y decisoria”, en Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra) 2009.

MANDELBROT, B.:

-“Fractales y finanzas”, Metatemas-Tusquets Editores, S.A., Barcelona 2006.

MANGAS MARTÍN, A. “La UE. De la periferia a actor global civil”, El Mundo del 17 de diciembre de 2010.

MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Un análisis de la aplicación privada del derecho de la competencia por los jueces y tribunales españoles”, Revista Práctica de Derecho (CEF), núm. 167, diciembre 2014.

MARTÍ MOYA, V.:

-“Armonización en materia de concentraciones intraeuropeas: la última directiva sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital”, RdS núm. 27, año 2006-2.

-“Sobre la modificabilidad del proyecto y el acuerdo unánime de fusión en la Ley de modificaciones estructurales. El art. 42LME”, RdS nú. 27, año 2011-2

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “Acotaciones sobre el término Nación”, Anales núm. 38, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2008.

MARTÍNEZ FLORES, A.:

- MARTÍNEZ FLORES, A., “Sobre los destinatarios de la prohibición de usar información privilegiada (artículo 81.2 de la Ley del Mercado de Valores Española)”, en Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero”, v. III, MacGrawHill, Madrid 2002.

-“Artículo 97. Igualdad de trato”, en Comentario la Ley de Sociedades de Capital, t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D. F., “La armonización del derecho societario europeo en el siglo XXI: un análisis sistemático desde la integración uniforme de las fuentes comunitarias”, RdS núm. 30, 2008-1.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Capítulo 12. La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación de acuerdo de fusión”, en Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, t I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2009.

MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “El derecho de separación del socio en las sociedades de capital y su regulación en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, , Revista Práctica de Derecho, RPD(CEF), núms. 175-176, agosto-septiembre 2015.

MASCAREÑAS, J., “Fusiones, Adquisiciones y Valoración de Empresas”, Ecobook-Editorial del Economista, Madrid 2011.

MATEU de ROS CEREZO, R., “Principio de igualdad de trato de los accionistas conforme a la Ley 3/2009: Accionistas significativos, derechos políticos y representación proporcional”, RMV, núm. 5, 2009.

McNEIL J. R. y McNEIL W. H., “Las redes humanas”, CRITICA, Barcelona 2004.

MAKSIMOVIC, V. y PHILIPS, G., “The Market for Corporate assets: Who Engages in Mergers and Assets Sales and are There Efficiency Gains?”, Journal of Finance (JF), LVI, 6, 2003.

MEHRINGER, C., “Der allgemeine kapitalmarktrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz”, Baden-Baden, 2007.

MELÉ CARNÉ, D., “Aspectos éticos de los mercados de valores”, en “Curso de bolsa y mercados financieros” (4ª edición actualizada), ARIEL, Barcelona 2007.

MONACO, R., “Problèmes du droit international privé des sociétés, Droit international et droit communautaire. (Actes du colloque, París, 5-6 abril 1990)”, París, 1991.

MENDONCA, D. (ed.), “Compendio de una teoría analítica del derecho. Alchourrón y Bullygin en su textos”, Marcial Pons, Madrid 2011.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.:

-“Sociedad anónima y fin lucrativo”, AARAJL núm. 24, 1994.

-“Reforma de la legislación de sociedades”, AARAJL núm. 22, 1992.

-“Notas sobre lo jurídico y lo justo”, AARAJL, núm. 27, 1997.

-“Notas a propósito de la codificación mercantil”, AARAJL núm. 35, 2005.

-“El Derecho Mercantil como categoría dogmática”, AARAJL, núm. 38, 2008.

MENGOZZI, P., conclusiones 29-30 y 31, presentadas el 12 de junio de 2014, en aquel asunto C-316/13

MILLÁN GARRIDO, A., “La Junta General. a) Concepto y caracteres, b) Competencia”, en Nociones de Derecho Mercantil, octava edición (J. Jiménez Sánchez, coord.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2014.

MINGUELL ELEIZALDE, B., “Información privilegiada”, en Instituciones del mercado financiero. El Mercado de Valores Organización, control y sujetos intervinientes”, v. VI, La Ley, Madrid 1999.

MOJZESOWICZ, K., “Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten”, Baden-Baden, 2001.

MESSINEO, F., “Doctrina general del contrato”, t. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952.

MINGUELL ELEIZALDE, B., “Información privilegiada”, en Instituciones del mercado financiero. El Mercado de Valores Organización, control y sujetos intervinientes”, v. VI, La Ley, Madrid 1999.

MOLINER, M^a., DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL, de, v. A-G, Editorial Gredos, S. A., Madrid 1994.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONON REDONDE, A., y BARONA VILAR, S.:

-“Derecho Jurisdiccional. I”, Parte General, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

-“Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil”, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

MONROY ANTÓN, A. J., “El bien jurídico protegido en el delito de abuso de información privilegiada”, RDBB, núm. 98, abril-junio 2005.

MONTOYA MELGAR, A.:

-“Derecho y Trabajo”, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1997.

-“La buena fe en el Derecho del Trabajo”, Discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2001.

- Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea”, en “Liber Amicorum. Economía, Empresa y Trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea”, THONSOM-CIVITAS, Madrid 2003.

-“Tendencias actuales sobre el ámbito personal del Derecho del trabajo”, AARAJL, núm. 36, 2006.

-“El trabajo por cuenta ajena y la predicciones marxistas sobre su abolición (apuntes para un estudio)”, AARAJL, 2011.

MORALEJO, I.:

-“Convocatoria, Artículo 166.Competencia para convocar, y Artículo 167. Deber de convocar”, en Comentario a la Ley de sociedades de capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t.I, Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011.

-“Artículo 182. Asistencia telemática”, en Comentario a la Ley de sociedades de capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t.I, Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011.

MORALES MORENO, A.M.:

-“Comentario a los artículos 1.265 a 1270 y 1484 a 1490,” en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid 1991.

-“Incumplimiento del contrato y lucro cesante”, discurso leído el 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, RAJL 2010.

MORANGE, J., “Las libertades públicas”, Fondo de Cultura Económica, México1981.

MORIN , E., “Introducción al pensamiento complejo”, Editorial Gedisa, S. A., Barcelona 2001.

MOSTERIN J., “Los Lógicos”, Espasa, Madrid 2000.

MOULIER-BOUTANG, Y., “De la esclavitud al trabajo asalariado”, Akal, Madrid 2006.

MOULOD, N., “La lógica de las estructuras y la epistemología”, en “Estructuralismo y epistemología”, Ediciones nueva Visión, Buenos Aires 1970.

MOTOS GUIRAO, M.:

-“Fusión de Sociedades Mercantiles”, Madrid 1953.

-“La separación voluntaria del socio en el Derecho Español”, RDN, núm. 11, 1.956

MOYA, A., “Pensar desde la ciencia”, Editorial Trotta, S.A., Madrid 2010.

MOYA, J., “Artículo 23. Estatutos sociales”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I., Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

MÜHL, A. “Diskriminierung und Beschränkung. Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten”, Berlín, 2004.

MUIR-WATT, H., “Nota a STJCE 30 septiembre 2003, Inspire Art”, RCDIP, 2004

MUÑOZ GARCÍA, A., “Capítulo V: Fusión de Sociedades. Merger of Companies”, en Modificaciones y Transformaciones de empresas, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense Madrid, Madrid 2012.

MUÑOZ, R., “Le marché intérieur: comment rendre effectifs les droits des intéressés?”, Rev.M.C., n.º 458, mai 2002

NAVA TOVAR, A., “La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy”, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 2015, Anthropos Editorial, Barcelona 2015.

NAVARRO LERIDA, Mª. S., “El proceso de constitución de una Sociedad Europea Holging”, RdS, Monografía, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2008.

NEGRO, D., “Gobierno y Estado”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona 202.

NIETO, A., “Crítica de la razón jurídica”, Editorial Trotta, Madrid 2007.

NORN, N., “Global Cross-Border Mergers, and Acquisitions, Cross-Border Mergers and Acquisitions and the Law”, Studies in Transnational Economic Law, v. 15, Kluwer Law International, 2001

O'BRIEN, M., “Company taxation, State aid and fundamental freedoms: is the next step enhanced co-operation?”, Eur.L.Rev., 2005

OLCENSE, A., RODRÍGUEZ, M. A. y ALFARO, J., “Manual de la empresa responsable y sostenible”, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U., Madrid 2008.

OLIER, E. “La crisis del capitalismo actual”, diario El Economista, del viernes 17 de mayo de 2013.

ORTHMANN, M., “The experience of the bidder as award criterion in EU public procurement law”, Humboldt Forum Recht, (HFR)2014, nº 1.

ORTIZ VIDAL, M. D., “La ley aplicable al contrato internacional de trabajo y el principio de proximidad y de seguridad jurídica internacional: Cooperadores necesarios”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), núm. 385, abril 2015.

OTC=Mercado over-the-counter.

OTTERSBAACH, K., “Rechtsmissbrauch bei den Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes”, Baden-Baden, 2001.

PABLO KOCH, S., en AAVV., “Kant. Vida, pensamiento y obra”, Planeta de Agostini, S. A., España 2007.

PAGADOR LÓPEZ, J., “II. La empresa.1. Concepto”, en Nociones de Derecho Mercantil, octava edición (J. Jiménez Sánchez, coord.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2014.

PALACIO ATARD, V., “Manual de Historia Universal”. t. III, Edad Moderna, Espasa-Calpe, S.A., Madrid 1959.

PANIZZA, R., “La especulación”, Oikos-TAU, Barcelona 1990.

PARAIN VIAL, J., “Análisis estructurales e ideologías estructuralistas”, Amorrortu editores, S.C.A., Buenos Aires 1969.

PAULSON H. M., “Cómo combatir la crisis financiera”, El Mundo de 2 de noviembre de 2008.

PAZ-ARES, C.,

-“Comentario a los artículos 1665 y ss”, en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991.

- “De la Sociedad”, en “Comentario del Código Civil, T. II, Ministerio de Justicia, 1993.

-“La sociedad en general: Caracterización del contrato de sociedad”, en “Curso de Derecho Mercantil”, T. I, (Segunda edición), Thonsom-Civitas, Madrid, 2006.

- Capítulo 54. Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en Curso de Derecho Mercantil, v. I, (segunda edición), Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2006.

-“Lección 28. Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en Lecciones de Derecho Mercantil, v. I, (undécima edición), Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2013.

- “Lección 16. Las Sociedades Mercantiles”, en Lecciones de Derecho Mercantil, v, I, Civitas-Thonsom Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.

PAZ AREZ, C., y ALFARO AGUILA-REAL, J., “Ensayo Sobre la libertad de empresa”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid 2003.

PECES MORATE, J. E., “Estructuralismo y derecho comparado”, en Estructuralismo y Derecho, Alianza Editorial, Madrid 1973.

PÉREZ LUÑO, A. E., “La deconstrucción de la ley en el constitucionalismo global”, en Paradigmas y desafíos de constitucionalismo democrático”, (Garrido Gómez, Mª. I, y Espinoza de los Monteros, editores), Editorial Comares, S. A., Granada 2014.

PÉREZ SERRANO, N., “Tratado de Derecho Político”, Segunda edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1984.

PEÑAS MOYANO, B., “Las clases de acciones como instrumentos financieros en los Derechos de Sociedades Británico y Estadounidense”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

PERALES VISCASILLAS, M. P., “El derecho uniforme del comercio internacional: Los Principios de Unidroit (Ámbito de aplicación y disposiciones generales)”, RDM, nº 223. 1997.

PERDICES, A., “Artículo 123. Restricciones a la libre transmisibilidad”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital (Á Rojo y E. Beltrán, Dirs), t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S. A., Madrid 2011.

PEREZ GARCÍA, A., “Distintos entendimientos del estructuralismo y la estructura”, en Estructuralismo y Derecho, Alianza Editorial, S. A., Madrid 1973.

PÉREZ SERRANO, N., “Tratado de Derecho Político”, (Segunda edición), Civitas, S. A., Madrid 1984.

PÉREZ TROYA, A., “La tutela del accionista en la fusión de sociedades”, Editorial Civitas, Madrid 1998.

PETERSEN, F., “Refining the rules on the distinction between selection and award criteria - Evropaiki Dynamiki v Commission (T-589/08)”, Public Procurement Law Review, 2011.

PHILIP, P. y L. VANHOVE, L., “Le droit fiscal face aux libertés fondamentales du Traité de l’Union européenne”, Petites affiches, 393, n.º 7, 9 janvier 2004.

PIPER, R., “Propiedad y libertad”, Turner Publicaciones, S.L., Madrid 2002.

PLATÓN, “La Republica o el Estado”, Libros octavo y noveno, (En la edición de Espasa Calpe-Colección Austral, decimoctava edición, Madrid 1986.

PLÖTSCHER, ST., “Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht: zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten des EG-Vertrages”, Berlín, 2003.

POIARES MADURO, Abogado General, Conclusión 25 de las presentadas el 25 de mayo de 2004, en el asunto C-384/02, Anklagemyndigheden contra Knud Grøngaard y Allan Bang.

POSENDORFER, M., “Horinzontal Mergers in the Paper Industgry”, RAD, Journal of Enomics, 34, 3, 2003.

POSNER, R. A., “Análisis económico del Derecho” (2ª edición), Fondo de Cultura Económica, México 2007.

PRADA GONZÁLEZ, J., “Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Sociedades”, RDN num. CXXXI, enero-marzo 1986

PRAT RODRIGO, M., “El uso ilegal de información privilegiada en las ofertas públicas de adquisición de acciones (EE. UU. 1933-1988)”, DEUSTO, Bilbao 1990.

PREEDY, K., “Die Bindung Privater an die europäische Grundfreiheiten - Zur so genannten Drittwirkung im Europarecht”, Berlín, 2005.

PRIETO PÉREZ, E., “La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización”, Real Academia de Doctores, Madrid 2002.

PUIG BRUTAU, J.:

-“Fundamentos de Derecho Civil”, t. III, v. 1º, cuarta edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1994.

-“Fundamentos de Derecho Civil”, t. II, v. I, “Doctrina General del contrato”, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1998.

QUERALT LANGE, I., “Igualdad, suerte y justicia”, Marcial Pons, Madrid 2014.

QUEROL ARAGÓN, N. (con la colaboración de NICOLAS LÓPEZ PÉREZ), “Análisis económico del Derecho”, Editorial DIKINSON, S. L., Madrid 2014.

QUIJANO, J.,

-“Proceso de elaboración de la ley de sociedades de capital”, en Comentario a la Ley de sociedades de capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t.I, Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011.

-“Artículo 258”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.) t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011.

-“Artículo 285. Competencia orgánica”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II., Thonsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

-“Artículo 287. Convocatria de la junta”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II., Thonsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

-“Artículo 288. Acuerdo de modificación” en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II., Thonsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011

- “Artículo 236. Presupuestos de la responsabilidad”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capita, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.) t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE), de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, (vigésima segunda edición), Real Academia Española, Madrid 2001.

REALE, M., “Filosofía del Derecho”,1. Introducción filosófica general, Ediciones Pirámide, S. A., Madrid 1979.

RAMMELOO, S. “Corporations in Private International Law: a European Perspective”, Oxford Univ. Press, 2001.

RAMOS, C., “El séptimo de caballería sale al rescate de los mercados”, El Mundo del 21 de septiembre de 2008.

RAWLS, J.:

-“Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, y Ediciones F.C.E. España, S.A., México y Madrid 1978.

-“Lecciones de historia de la filosofía moral”, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona 2001.

RECASENS SICHES, L., “Tratado General de Filosofía del Derecho” Editorial Porrúa, S. A., México 1978.

RINDISBACHER, S., “Anerkennung gesellschaftlicher Gebilde im internationalen Privatrecht”, Berna, 1996.

RODAS PAREDES, P. N., , “La movilidad societaria y la circulación de capitales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Revista Práctica de Derecho RPD(CEF), núm 157, Febrero 2014.

RODES-KROPF, M., y VISWANATHAN, S., “Marquet valuation and merger waves”, Journal of Finance (JF), num. 59, 2004

RODOTA, S. “El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada”, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1986.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública”, discurso leído el día 22 de abril de 1996 en la recepción pública, RAJL, Madrid 1996.

RODRÍGUEZ BRAUN, C., “La cuestión colonial y la economía clásica”, Alianza Editorial, S.A., Madrid 1989.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., “El principio de igualdad de los accionistas y exclusión del derecho de suscripción preferente”, RDM, núm. 24, octubre-diciembre 2009.

RODRIK, D., “La paradoja de la globalización. Democracia y futuro de la economía mundial” Editorial Antoni Bosch editor, S. A., Barcelona 2011.

ROJO, A.:

-“Artículo 19”, en Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I, Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

-ROJO, A., “Artículo 20. Escritura pública e inscripción registral”, en en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011.

- “El Empresario. Lección 2” de las Lecciones Derecho Mercantil, (undécima edición) v. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.

- “Artículo20. Escritura pública e inscripción registral”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I, Thomson Rueters-Editorial Aranzadi, S. A, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- “Artículo 21. Otorgamiento de la escritura de constitución”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I., Thonsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- “Artículo 286. Propuesta de modificación”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II., Thonsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

ROJO AJURIA, L., “El dolo en los contratos”, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1994.

ROMÁN, M. D., “Poder de dirección y contrato de trabajo”, Ediciones Graphes, Valladolid 1992.

RONCAGLIA, A., “El mito de la mano invisible”, Genuve Ediciones, Zaragoza 2011.

RONCERO SÁNCHEZ, A.:

- “Fusión postetior a la adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente”, Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, t I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2009.

- “Ámbito de la exigencia del informe de expertos independientes en caso de fusiones posteriores a adquisiciones apalancadas”, RdS núm. 35, año 2010-2.

RONSENFEL, M., “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”, Derechos y Libertades, núm. 6, 1998.

ROTH, W.-H., “Fron “Centros” to “Überseering: free movement of companies, private international law, and community law”, Int&Comp. Law Q., v. 52.

ROUBINI, N. y MIHM, S., “Cómo salimos de ésta”, Destino, Barcelona 2010.

RUBIO, J., “Curso de Sociedades Anónimas”, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1964, 3ª edición 1974.

RUBIO LLORENTE, F., “La libertad de empresa en la Constitución”, en Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. I, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1996.

RUIS-GALLARDO GARCÍA DE LA RASILLA, I., “Ensayos sobre la ley natural”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1998.

RUÍZ PERIS, I., “Igualdad de trato en el derecho de sociedades”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RUÍZ-JARABO COLOMER, D., Abogado General:

- Conclusión 44 de las presentadas el 13 de febrero de 2007, en el asunto C-112/05.
- Conclusiones presentadas el día 15 de noviembre de 2005, en el asunto C-499/04, apartado II, “El marco jurídico”.

SABIDO RODRÍGUEZ, M. “Límites a la autonomía de la voluntad y Derecho Internacional de Sociedades: Modificaciones estructurales de sociedades”, en Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado, consejo General de Notariado-Wélters Kluwer España, S.A., Madrid 2012.

SACRISTAN REPRESA, M.:

- “Derecho Económico y Derecho Mercantil”, en Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez”, vol. I, UNIVERSIDAD de VALLADOLID -CAJA DUERO, Valladolid 1998.

- SACRISTÁ REPRESA, M., “El grupo empresarial en el Derecho comunitario. Perspectivas ante los cambios actuales en la UE”, en “Estudios de Derecho mercantil europeo” (Pérez Carrillo, E. F., Coord.), Marcial Pons, Madrid 2005.

SÁEZ, M^a I. “Artículo 39. La sociedad devenida irregular”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, (Rojo, A, y Beltrán, E., Dirs.), t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011.

SAGARDOY BENGOCHEA, J. A:

- “Puntos críticos en la regulación del despido” AARAJL, núm. 36, 2006
- “Información y consulta a los trabajadores en la empresa”, AARAJL núm. 38, 2008.
- “Incertidumbres y certezas del Derecho del Trabajo”, AARAJL 2010.

SAGASTI AURREKOETXA, J. J., “La constitución de la “Societas Europaea-SE””, RdS núm. 19, año 2002-2.

SALA i MARTÍ, X., “Economía liberal para no economistas y no liberales”, (sexta edición), DeBolsillo, Barcelona 2010.

SALAZAR MARTÍNEZ-CONDE, L. y HERNÁNDEZ, V., “La acción de oro del Estado en las empresas privatizadas”, RDBB, núm. 97, enero-marzo 2005.

SALELLES, J. R.:

- “Artículo 245. Organización y funcionamiento del consejo de administración”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, t.I, Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011.

-“Artículo 250. Acta del consejo de administración”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. II., Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a., “Modelo de acuerdo dejando sin efecto el acuerdo de fusión de sociedades”, RdS núm. 33, año 2009-2.

SÁNCHEZ-URAN AZAÑA (dir.) AAVV. “Responsabilidad social de las organizaciones (Grau Ruín, M. A., coord.) Editorial Grupo 5 SLU, Madrid 2013.

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., “Historia del Derecho Español”, Cálamo, Producciones Editoriales, S. L. U., Barcelona 2007.

SÁNCHEZ CALERO, F.:

-“La nacionalidad de la sociedad anónima”, RdS, año 1993, núm. 1.

-“Las sociedades cotizadas o bursátiles en el Derecho Español”, en Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura Tuells, T. III, La Ley, Madrid 1994.

-“Artículo 1º”, en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid, 1997.

-“Artículo 3º”, en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid 1997.

-“La Sociedad Cotizada en Bolsa en la Evolución del Derecho de Sociedades”, Discurso leído el día 26 de marzo de 2001 en el Acto de su recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2001.

-“Los Administradores en las Sociedades de Capital”, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2005.

- “El declinar de la Junta general y el Buen Gobierno Corporativo”, RDBB núm. 104, Octubre-Diciembre 2006.

-“La junta general de las sociedades de capital”, Thomsom- Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2007

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.:

-“En torno al concepto de información privilegiada en los mercados de valores: una reciente aportación de la Corte de Casación francesa”, RDBB, núm. 60, 1995.

-“Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión”, en *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, t I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2009.

-“La igualdad de trato de los accionistas ¿un principio general?”, *RdS* núm. 35, año 2010-2.

SÁNCHEZ-CALERO, J. Y FERNÁNDEZ TORRES, I., “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del art. 35 LME)”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho. Universidad Complutense*, DT 211/36.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.:

-“Instituciones de Derecho Mercantil”, v. I, Thomson Reuters-Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2013.

SÁNCHEZ AGESTA, L., “Curso de Derecho Constitucional comparado”, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho-Sección de Publicaciones, Madrid 1988.

SÁNCHEZ LINDE, M.:

-“El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la Junta general de la sociedad anónima”, *RdS*, Monografía, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2009.

-“Reflexiones en torno al principio mayoritario en la Junta de accionistas de la sociedad anónima”, *RPD(CEF)*, núm. 108, enero 2010

SÁNCHEZ LORENZO, S.:

-“El Derecho europeo de sociedades y la sentencia Centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, núm. 0, 2000.

-“El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario”, en *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, v. I, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U, Madrid 2002.

-“Derecho privado europeo”, Editorial Comares, Granada, 2002

- Nota a la sentencia TJCE de 5 de noviembre de 2002, As. C-208/00: *Überseering*”, *REDI*, 2002-2, pp. 927-930, también “What Do We Mean when We Say “Folklore”? Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law”, *European Review of Private Law*, (ERPL) 2006, 2

SÁNCHEZ MIGUEL, M. C., “Las fusiones transfronterizas y el derecho de la competencia”, en *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, v. V, McGrawHill, Madrid 2002.

SÁNCHEZ PACHÓN, L., “Artículo 56. Causas de nulidad”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011

SÁNCHEZ RUÍZ, M., “Conflictos de intereses entre los socios en sociedades de capital”, Editorial Aranzadi, S.A., Elcano (Navarra), 2000.

SÁNCHEZ RUS, E., “La Fusión Transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho Español”, RDM núm. 237, Julio-Septiembre, 2000.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “El sentido de la civilidad Europea”, AARAJL núm. 34, 2004.

SANCHO VILLA, D., “La dudosa compatibilidad con el Derecho comunitario de la construcción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia Centros Ltd”, La Ley, 1999, D-297.

SANTAMARIA, A.,:

-“Problemi attinenti al diritto internazionale privato e processuale della società”, Studi in memoria di Mario Giuliano, Padua, Cedam, 1989.

-“Sociedad (Diritto internazionale)”, EdD, vol. XLII, Milán, Giuffrè, 1990.

SANTERRE, R., “El método de análisis en las ciencias humanas”, en “Introducción al estructuralismo”, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1969.

SANTIAGO NINO, C., “Introducción al análisis del Derecho”, Editorial Ariel S. A., Barcelona 2001.

SANTOS ARRARTE, J. A., “Sistema financiero, mercado de capitales y bolsa”, en “Curso de bolsa y mercados financieros” (4ª edición actualizada), ARIEL-Instituto Español de Analistas Financieros, Barcelona 2007.

SARLE, J. R., “Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío”, Ediciones Nobel, Oviedo 2000.

SARTORI G., “Qué es la democracia”, Taurus, Santillana Ediciones Generales, S. L., Madrid 2003.

SASTRE ARIZA, S., “Para ver con mejor luz. Una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica”, en Observar la ley, Editorial Trotta, S.A., Madrid 2006.

SCHIMMING, G., “Konvergenz der Grundfreiheiten des EGV unter besonderer Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Einfuhrund Einreisebeschränkungen”, Regensburg, Univ., Diss., 2002.

SCHINDLER, D., “Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten. Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und der Drittwirkungslehre”, Berlín, 2001.

SCHWARZ, “30 Jahre EG-Rechtsangleichung”, en Eine Ordnungspolitik für Europa, Festschrift von der Gwbcn, 1987

SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Normas de Presunción”, Ediciones Nauta, Barcelona 1963.

STEIGER, A. “Grenzüberschreitende Fusion und Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EU nach spanischem und portugiesischem Recht”, 1997.

SECO, M., ANDRÉS, O. y RAMOS, G. DICCIONARIO DEL ESPAÑOL ACTUAL, v. I, Aguilar Lexicografía/Grupo Santillana Ediciones, S. A., Madrid 1999.

SEQUEIRA MARTÍN, A.:

-“La fundación de una sociedad anónima mediante fusión por creación de una nueva sociedad”, en Derecho de Sociedades Anónimas, v. I, La Fundación, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1991.

-“Capítulo 5. La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea (SE)”, en La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona, 2004

-“Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas”, RdS, núm. 31, año 2008-2.

- “El concepto de fusión y sus elementos componentes”, en Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, t. I, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2009.

SHLEIFER, A., y VISHNY, R. W, “Stok market driven acquisitions”, Journal of Financial Economics (JFE), num. 70

SIMÓN MARCO, J., “Las cláusulas de common law en los contratos sometidos a la ley española”, Revista Práctica de Derecho (CEF), núm. 169, febrero 2015.

SNELL, J., “Goods and services in EC law: a study of the relationship between the freedoms”, Oxford, 2002.

SOLANA, J., “El desafío de la nueva ruta de la seda”, Diario El País del martes 7 de abril de 2015.

SOLBES, P, diario El Mundo, del día 5 de octubre de 2008.

SOC=Sistemas organizados de contratación.

- SOROS; G, “La crisis del capitalismo global”, Editorial Debate, S. A., Madrid 1999.
- SOTELO, I., “El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive”, Editorial Trotta, S. A., Madrid 2010.
- SPINDLER, G., “El Derecho europeo de sociedades después de Inspire Art. y Golden Shares”, RdS núm. 23, 2004-2.
- STEIGER, A. “Grenzüberschreitende Fusion und Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EU nach spanischem und portugiesischem Recht”, Europäische Hochschulschriften / European University Studies / Publications Universitaires Européennes, Volume 2076, Frankfurt/M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1997.
- STEINMO, S., “Institucionalismo histórico”, en “Enfoques metodológicos de la ciencias sociales” (Della Porta, D. y Keating, M., Eds), Ediciones AKal S. A.
- STIX-HACKL, Ch., Conclusiones 68, 72, 73 y 75, presentadas el 12 de julio de 2005, en el asunto C-436/03.
- STREINZ, R., “Anmerkung zu EuGH C-36/02 (Zulässige Beschränkung der Grundfreiheiten; Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH./Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn)”, JuS, 2005.
- SUÁREZ, L. “Los Reyes Católicos”, Editorial Ariel S.A., Barcelona 2004.
- SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, J.:
- “Sobre la separación de un socio en las Sociedades de Personas”, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, 1978.
 - “Introducción al Derecho Mercantil”, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1998.
- TAFANI, S. y CARUSO, R., “Il nuovo Diritto europeo delle società di capital”, Roma, 2005
- TAPIA HERMIDA, A.:
- “La emisión de obligaciones”, en Derecho de Sociedades Anónimas, v. III, Modificaciones de Estatutos, Aumento y Reducción de Capital, Obligaciones. Editorial civitas, S. A., Madrid 1994.
 - “La sociedad anónima falta de inscripción registral”, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1996.
 - “Artículo 7º”, en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, (dirigidos por Fernando Sánchez Calero), F., t. I, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid 1997.

-“Artículo 15” y y “Artículo 16”, en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, (Sánchez Calero, F., Dir.), t. I, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid 1997.

-“Artículo 16”, en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, (Sánchez Calero, F., Dir.), t. I, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA), Madrid 1997.

-“Revelación de información privilegiada por los representantes de los trabajadores”, RTSS(CEF), núm. 277, abril 2006.

- La acción de oro (“Golden share”). (Comentario a la STJCE de 28 de septiembre de 2006. Asuntos acumulados C-282/04 y C-283/04), RDBB, 110, Abril-Junio 2008.

-“La prohibición de revelar información privilegiada: Su delimitación y alcance para los miembros del órgano de administración o de control elegidos por los trabajadores”, RDBB núm. 109, 2008

-“El concepto de “utilización de información privilegiada””, RDBB núm. 120, octubre-diciembre 2010.

-“La igualdad de los accionistas en las sociedades cotizadas” (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Cuarta, de 15 de octubre de 2009, asunto C-101/08), Revista de Derecho de Sociedades (RdS), núm. 35, año 2010-2.

-“Las “Golden Shares” o “Acciones de oro” y la proscripción del Privilegio, RDBB, núm. 123, Julio-Septiembre 2011, pp. 9-73

-“Accionistas iguales”, en “Liber Amicorum. Juan Luís Iglesias, Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2014.

TAPIA HERMIDA, A. J.:

-“Aspectos jurídico-mercantiles de la fusión transfronteriza de sociedades anónima cotizadas. Apuntes sobre un caso reciente desde la perspectiva del Derecho español”, RdS, núm. 12, año 1999-1.

- TAPIA HERMIDA, A. J., “Derecho del Mercado de Valores”, CÁLAMO, Barcelona 2003.

-“Fusiones y OPAS transfronterizas”, Thomson-Aranzadi. S. A., Cizur Menor (Navarra), 2007.

-“Métodos de Concentración Transfronteriza Intracomunitaria de Sociedades cotizadas: Fusiones, OPAS y Otros Métodos Alternativos. Las Directivas 2004/25/Ce y

2005/56/CE”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. Universidad Complutense, 2007/9, Marzo 2007

-“Capítulo 17. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias”, en Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Fusiones transfronterizas intracomunitarias, t. I, Thomson Reuters-Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009.

-“La nueva arquitectura del Derecho Comunitario del Mercado de Valores. Comentario urgente a los Reglamentos y Directivas sobre el mercado de instrumentos financieros y el abuso de mercado”, Revista del Derecho del Mercado de Valores (RMV), núm 14, 2014.

TASSIKAS, A. “Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als Ausnahmebereiche: ein Beitrag zur Privatautonomie, Vertragsgestaltung und Rechtsfindung im Vertragsverkehr des Binnenmarkts”, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.

TENA PALAZUELO, I., “El concepto de sociedad civil irregular en la jurisprudencia del Tribunal supremo”, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., Madrid 1997.

TIZZANO, A., Abogado General, Conclusiones 25-33 y 76-77 de las presentadas el 7 de julio de 2005, en el asunto C-411/03, SEVIC Systems AG.

TODD, E., “Después de la democracia”, Ediciones Akal, S. A., Madrid 2010.

TODOLÍ SIGNES, A., “El principio de igualdad y las dobles escalas salariales”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF),(RTSS,CEF), num. 383, Febrero de 2015

TORRALBA MENDIOLA, E., “Capítulo IV. Aspectos internacionales de las operaciones societarias”, en Adquisiciones de empresas, González Acebo&Pombo/Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2013.

TOXVAERT, F., “A strategic merger waves: a theory of musical chairs”, Working Paper, Hebrew University of Jerusalem,(WPHUJ) 2004

TRSTENJAK, V., Abogada General, conclusión 75 de las presentadas el 30 de junio de 2009, en el asunto C-101/08, Audiolux y otros.

TUCK SCHOOL OF BUSINESS AT DARTMOUTH. CENTER FOR PRIVACY EQUITY AND ENTREPRENEURSHIP, <http://www.investopedia.com/terms/l/leveragedbuyout.asp>, “Note on Leveraged Buyouts”.

UREA SUÑOL, L., “El secreto empresarial”, Thomson Reuters- Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra) 2009.

URÍA, R.:

-“La fusión de sociedades mercantiles en el Derecho español”, RDM, núm. 2, 1946.

-“Derecho Mercantil”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002

URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y e IGLESIAS PRADA, J. L.:

-“Capítulo 35. La sociedad anónima: Órganos sociales. Los administradores”, en Curso de Derecho Mercantil, v. I, Thomson-Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor (Navarra), 2006.

-“Capítulo 51. Fusión y escisión de sociedades”, en Curso de Derecho Mercantil, t. I, (segunda edición), Thomson-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2006.

URRUTIA, J.; “Propiedad privada”, diario Expansión del 1 de mayo de 2007.

VALDÉS DAL-RE, F.:

-“Capítulo 15. La implicación de los trabajadores en la sociedad europea (Evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, en La sociedad anónima Europea. Régimen societario, laboral y fiscal (Esteban Velasco, G., Del Pozo, L., coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004.

-“Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, RdS núm. 29, 2007-2.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B:

-“El derecho de sucesiones en el Código Civil”, AARAJL núm. 21, 1989.

-“Las definiciones de la palabra Derecho y los múltiples conceptos del mismo”, RAJL, Madrid 1998.

VAN HECKE, M. G., “Les sociétés anonymes en droit international privé. Rapport provisoire et projet de resolution”, An .IDI, Sesión de Varsovia, 1965,

VALPUESTA, E., “Artículo 401. “Sociedad emisora”, en Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t.I, Thomsom Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011

VAQUERIZO, A., “Artículo 1”, en Comentario a la Ley de sociedades de Capital, (Rojo, A. y Beltrán, E., dir.), t. I, Título I, Disposiciones generales, Capítulo I, Las Sociedades de Capital, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2011.

VAQUERO LÓPEZ, C., “Comentario a la STJCE de 5 de noviembre de 2002: Überssring, asunto C-208/00”, RdS núm. 20, 2003-1.

VARGAS VASSEROT, C., “El derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de sociedades”, RdS núm. 22, 2004-1.

VELA DÍAZ, R., “La gobernanza económica Europea: Una aproximación a su incidencia en los sistemas de relaciones laborales”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF),(RTSS,CEF)núm. 385, abril 2015

VELASCO SAN PEDRO, L. A.:

-“Acciones propias e igualdad de los accionistas. Cuestiones de Derecho de Sociedades y de Derecho del Mercado de Valores”, RdS, 1994, 2.

-“Capítulo 2. Características generales de la Sociedad Europea. Fuentes de regulación, capital y denominación”, en La Sociedad Anónima Europea. Régimen Jurídico Societario, Laboral y Fiscal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona 2004.

-“Características generales de la Sociedad Europea. Fuentes de regulación, capital y denominación”, en La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal, Marcial Pons, Madrid 2004.

-“Capítulo Sexto. Sociedad Anónima Europea: Una aproximación al sistema de fuentes”, en Estudios de Derecho mercantil europeo, (Pérez Carrilo, E. F. , coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

VELASCO SAMPEDRO, L. A., y SÁNCHEZ FELITE, J. M., “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, RdS núm. 19, año 2002-2.

VERDROSS, A., “Derecho internacional público”, Aguilar, S. A., de Ediciones, Madrid 1967.

VERSE, D., “Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften”, Jus Privatum (JusPriv), Tubingia, 2006.

VICENT CHULIÁ, f., “La fusión propia y las fusiones impropias”, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues, t. III, Madrid 1971.

VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., “Manual de Derecho del Trabajo”, Editorial Comares, Granada 2014.

VIGUERA RUBIO, J. M^a, “Reflexiones críticas sobre la “”constitución” de la Sociedad de capital”, RdS núm.10, añoVI/1998.

VILLAPALOS SALAS, G., “Justicia y Monarquía. Puntos de vista sobre su evolución en el Reinado de los Reyes Católicos”, discurso leído el día 16 de junio de 1997 en su recepción pública como Académico de Número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1997.

VON TUHR, A., “Tratado de las obligaciones” (Roces, W. trad.), t. I, Editorial Reus, Madrid, 1934.

WALLERSTEIN, I, “Universalismo europeo”, Siglo XXI de España Editores, Madrid 2006.

WATHELET, M.:

-Conclusiones 62-63 de las presentadas en el asunto asunto C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho-Centro Local do Lis (ACT), el 12 de noviembre de 2014.

-Conclusiones 37, 38 y 75, presentadas el 18 de diciembre de 2014, en el asunto C-601/13

-Conclusiones 62 y 63, presentadas el 29 de abril de 2014, en el asunto asunto C-580/12P, Guardian Industries Corp.,Guardian Europe Sàrl contra Comisión Europea.

WHINSTON, M. D., “Lectures on Antitrust Economics”, First MIT Press paperback edition, 2008.

WHITTAKER, S. y ZIMMERMANN R., “Good Faith in European Contract Law”, Cambridge University Press, Cambridge 2000.

WYMEERSCH, “The insider trading prohibition” in the EC member States: A comparative overview”, en European Insider Dealing. Law and Practice” (Hop y Wymeersch, edits.), Londres-Boston 1991.

YVES BOT, Conclusiones 42-44, presentadas en el asunto C-242/09, Albron Catering BV y FNV Bondgenoten, John Roest, el 3 de junio de 2010.

ZIMMERMANN, D., “Internationales Gesellschaftsrecht”, Heidelberg, 1996.